UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE L'AUTHENTICITÉ NÉCESSAIRE

POUR

La Publicité des Transmissions Immobilières

ESSAI D'AMÉLIORATION DE LA TRANSCRIPTION ET APERÇUS DE RÉFORME

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

GASTON NAVARRE

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE SUPÉRIEURE DE COMMERCE DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE L'ÉCOLE DE NOTARIAT DE PARIS

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE « L'ÉCONOMISTE »
19, avenue de Toulouse

1924

DE L'AUTHENTICITÉ NÉCESSAIRE

POUR

La Publicité des Transmissions Immobilières

« La dernière chose qu'on trouve en
« faisant un ouvrage est de savoir celle
« qu'il faut mettre la première. »

Pascal.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE L'AUTHENTICITÉ NÉCESSAIRE

POUR

La Publicité des Transmissions Immobilières

ESSAI D'AMÉLIORATION DE LA TRANSCRIPTION ET APERÇUS DE RÉFORME

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

GASTON NAVARRE

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE SUPÉRIEURE DE COMMERCE DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE L'ÉCOLE DE NOTARIAT DE PARIS

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE « L'ÉCONOMISTE »
19, avenue de Toulouse

1924

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALÉRY, professeur de Droit commercial.
MOYE, Doyen, professeur de Droit International public.
MORIN, assessseur, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel, détaché à la Faculté de Droit de Paris.
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Economie politique.
VIALLETON, professeur de Droit civil.
BOSC, professeur de Procédure Civile.
VIARD, professeur d'Histoire du Droit.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Législation Industrielle.
TISSET, chargé de cours de Droit romain.
TEILLARD, chargé de cours d'Economie politique.
DELBEZ, chargé de cours de Droit romain.
CUQ, chargé de cours de Droit criminel.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
DUBOIS, secrétaire.
ROCHETTE, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, *Président.*
BECQUÉ, DIJOL, } *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535710_0039

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE[1]

BESSON. — *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891.

BORDEAUX. — *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires,* Paris, Dalloz, 1918.

CHAINE. — *La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat, le 3 décembre* 1908, thèse, Dijon, 1909.

MAGNIN. — *Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers,* thèse, Paris, 1896.

MICHEL. — *Des imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers,* thèse, Dijon, 1904.

MORIN. — *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières,* thèse, Paris, 1902.

DAUPHIN (Paul). — *De la réforme de la loi du 23 mars* 1855, thèse, Paris, 1906.

VALÉRY. — *De la transmission à l'égard des tiers de la propriété immobilière,* thèse, Montpellier, 1889.

WIELAND. — *Les droits réels dans le Code civil suisse,* trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914.

[1] Nous ne faisons figurer dans cette liste que les ouvrages qui nous ont servi de point de départ. Quant à ceux où nous n'avons puisé qu'un détail ou une idée accessoire on les trouvera mentionnés en note dans le cours de cette étude.

INTRODUCTION

INTELLECTUALISME, PUBLICITÉ, FORMALISME

Parler d'authenticité nécessaire en des temps où nos lois fondamentales proclament encore la toute-puissance du vouloir individuel peut sembler téméraire. N'est-ce point attenter au principe de la liberté des conventions accordant à la volonté, dénuée de toute forme, un rôle prépondérant comme agent générateur de la transmission? N'est-ce pas, par réaction obligée, revenir à un formalisme considéré comme excessif et inutile, alors que l'on pouvait espérer sa complète raréfaction le jour où le consensualisme aurait atteint son plein développement? [1]

Cette entreprise paraît cependant moins hardie lorsque, abstraction faite des considérations de toute nature qui dans le cours de cette étude souligneront les qualités et l'opportunité de l'authenticité, on constate que le principe de la liberté des conventions, auquel le législateur de 1804 a porté lui-même maintes dérogations, a reçu, depuis cette époque, de graves entorses. Ébranlé sur ses bases au bénéfice d'un formalisme entièrement exclusif du symbolisme antique, le consensualisme chancelle de plus en plus, l'ordre public

[1] Le consensualisme est le « principe de notre Droit moderne... idéal vers lequel doit tendre toute législation ». Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien Droit français,* Paris, Larose, 1883, p. 6.

imposant tous les jours de nombreuses et d'importantes restrictions aux principes premiers de l'individualisme juridique [1].

Ces limitations mêmes sont rendues plus sensibles encore par l'application constante des règles indispensables de la preuve. En effet, tandis que ces règles n'exercent théoriquement aucune influence sur un transfert que le « *seul consentement* » effectue, pratiquement elles portent une profonde atteinte à notre principe libéral [2].

1 V. en ce qui concerne les principales dérogations et restrictions à l'article 1138 du Code civil, VALÉRY, *De la transmission à l'égard des tiers de la propriété immobilière*, thèse, Montpellier, 1889, p. 24, n° 15 et ss.; MOENECLAEY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse, Lille, 1914, p. 66 et ss.

2 Il suffit, pour s'en convaincre, de se transporter auprès des parties ou dans le cabinet de l'homme d'affaires. L'opération immobilière n'acquiert à leurs yeux une complète perfection, contrairement à l'affirmation du législateur, qu'après l'échange des signatures. Alors, mais alors seulement, la transmission, ou mieux l'obligation de livrer la chose, leur paraît parfaite, car c'est bien à partir de cet instant qu'en fait le droit prétendu acquis est reconnaissable et reconnu, que l'abstraction pure se transforme en réalité.

Entendons-nous jamais dire après un simple échange de volontés, un accord verbal: « Je suis propriétaire de telle maison ou de tel champ », ou encore: « Je vous montrerai ma maison ou mon champ »? On dira: « J'achète telle maison », « Je vous montrerai la maison que j'achète ». Et c'est à la fois l'illustration vivante et la condamnation pragmatique de l'intellectualisme législatif.

La loi n'accordant pas les actions tant réelles que personnelles que comporte le droit qu'elle reconnaît, comment peut-elle avoir la prétention de l'avoir transporté? Eventuellement inexistant à l'égard du constituant dont la seule volonté suffit à le détruire sans retour et sans recours, ce droit est inerte à l'égard de tous. Qui donc acceptera de traiter avec moi sur une simple affirmation verbale d'acquisition même corroborée par celle de mon auteur?

C'est encore là un exemple de ces discordances fréquentes, de ces contradictions entre le Droit et les réalités qui soulèvent actuellement l'opinion et dont l'heureuse synthèse a été réalisée dans un ouvrage récent: *La révolte des faits contre le Code*, Gaston MORIN, Paris, Bernard Grasset, 1920.

L'idéalisme du XVIII[e] siècle, cette « conquête de l'esprit humain », a sacrifié la réalité à la fiction; son attachement au consensualisme et son mépris du formalisme réunis l'ont conduit à séparer d'une façon trop absolue deux notions qui pratiquement se compénètrent et se complètent:

Ainsi, le principe du transfert *solo consensu* n'a plus, même entre les parties, qu'une valeur purement dogmatique; le formalisme survit encore ou renaît à ses dépens; la plupart des contrats sont ou deviennent intensivement tributaires du formalisme [1].

le droit et sa preuve. V. BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires,* Paris, Dalloz, 1918: « ...la question concrète de preuve est prépondérante, de telle sorte que — et il en sera ainsi tant que les hommes n'auront pas le pouvoir de sonder les consciences et les cœurs — un droit non prouvé n'existe pas en pratique », p. 39, n° 132.

Sur « l'utilité des preuves préconstituées » et les nécessités d'une « procédure préétablie », V. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil et en Droit commercial,* 5e éd., par Fernand Larnaude, Paris, Plon, 1888, p. 394 et ss., et GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif,* Paris, Sirey, 1921, t. III, p. 94 et ss., n° 202.

V. plus particulièrement, Emmanuel LÉVY, *Preuve par Titre du Droit de propriété immobilière,* thèse, Paris, 1896.

[1] Sur son étendue et son intensité qui se manifestent même en droit commercial, V. MOENECLAEY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats,* thèse, Lille, 1914 et sa prédiction: « dans l'avenir on créera de nouveaux contrats solennels ».

Nous partageons entièrement ces vues; mais il convient de signaler le caractère défectueux de cette terminologie afin d'éviter un emploi abusif et regrettable du mot « solennel » dont l'application est en Droit rigoureusement limitée à certains actes et tend à se réduire au fur et à mesure que la solennité proprement dite perd du terrain. Cette matière présente d'ailleurs un curieux phénomène de développement et de compression formalistes qu'il eût été utile de mettre en évidence. En conséquence il eût mieux valu parler de contrats formels, cette formule générale englobant au même titre les contrats tant authentiques que solennels et toutes les manifestations contractuelles ou unilatérales impliquant une clause de style, une mention consacrée ou une relation prévue, faute de quoi l'écrit perd une fraction ou l'ensemble de sa valeur. Et cela nous autorise déjà à signaler, sans prendre en considération le formalisme impliqué par la rédaction même d'un écrit, le caractère franchement formaliste des actes privés soumis à des règles de détail qui vont se multipliant.

Nous nous empressons d'ajouter, à la décharge de cet auteur, que cette confusion doctrinale est constante. V. CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit civil,* Paris, 1923, p. 301, n° 238: « ...il y a encore quelques actes juridiques dont la conclusion est soumise à l'observation de formalités prescrites par la loi. On les appelle des actes formels ou solennels. » Elle tend cependant à se dissiper. V. GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif,* Paris, Sirey, 1921, t. III, p. 108, n° 205, qui à propos des variétés de la forme juridique oppose les formes dites solennelles à la forme écrite ou notariée simple. « En pareil cas, d'ailleurs, on ne peut parler de forme solennelle ».

Le tout est de savoir dans quel sens et dans quelle mesure il convient de lui sacrifier dans le seul domaine qui nous intéresse, celui des transmissions immobilières. [1]

[1] Sur l'utilité générale et la présence du formalisme, V. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, t. III, p 121, n° 206. « Le formalisme juridique pris dans son sens profond et complet, n'est pas un monopole de législations archaïques, qui serait fatalement destiné à disparaître avec le progrès de la civilisation. L'emploi de formes extérieures, nécessaires pour assurer les situations juridiques, est un phénomène essentiel du droit reposant sur cette idée simple que, d'après les conditions faites à notre nature humaine, une certaine plastique traduit seule nettement les forces intimes qui composent l'organisme juridique, et confirme les sanctions attachées aux résultats de leur jeu réciproque. Le besoin de cette plastique s'atténue ou, plutôt même, se modifie simplement avec le temps. Mais la vérité élémentaire sur laquelle elle repose, vérité infiniment précieuse en soi, ne cesse pas d'être utilisée pour assurer cette sécurité et cette fermeté qui figurent parmi les fins essentielles du droit. Et c'est pourquoi, si le formalisme a pu varier dans ses manifestations, il semble, en lui-même, devoir compter à toujours parmi les éléments indispensables d'une bonne technique juridique ». Et, p. 103, n° 203: « Au formalisme instinctif et symbolique du début se substitue, de plus en plus, un formalisme réfléchi et utilitaire ». V. sa bibliographie concernant le formalisme p. 97, note 1, au titre: « Formalisme et publicité ».

IHERING, *L'esprit du Droit romain*, trad. MEULENAERE, 2e éd., Paris, Marescq, 1880, t. III, p. 178. « Le formalisme est pour les actes juridiques ce qu'est l'empreinte pour la monnaie ».

MOENECLAEY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse, Lille, 1914, p. 197. « Sans vouloir prédire l'avenir, il semble qu'on peut affirmer que les besoins de sécurité et de certitude ne feront que s'accroître, que la conception humanitaire de la protection de la liberté des faibles s'imposera de plus en plus au législateur et au juge et que le formalisme, propagateur de sécurité et garant de liberté, réduira encore le domaine du consensualisme dans les contrats pour étendre celui de la solennité. Nous ne sommes témoins actuellement que d'une renaissance, mais le formalisme, qui revient toujours, y réapparaît plein d'une vigueur nouvelle et on peut assurer qu'il tiendra demain une grande place dans le Droit! »

MORIN, *A propos de la maxime Error communis facit Jus*, *Annales des facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, t. II, n° 1, avril-juin 1906, p. 3 *in fine:* « ...Cette transformation de l'idée du droit se manifeste dans toutes les institutions du droit privé. La théorie de la formation des actes juridiques, notamment, se renouvelle. Les législations les plus récentes accusent à ce point de vue une réaction contre le principe de l'autonomie contractuelle et un retour vers le matérialisme et le formalisme ».

VIOLLET, *Histoire du Droit civil français*, Paris, Larose, 1905, 3e éd.,

Or, quelle que soit la solution donnée au problème de la publicité qui est à la base même de ces transmissions, il semble, dans l'état actuel de nos institutions, que c'est vers l'authenticité notariale que doit se diriger ce formalisme [1].

Laissant à de plus compétents le droit de se prononcer sur le choix qui s'impose entre une amélioration extrême et une réforme radicale de notre publicité, c'est à cette amélioration que sera consacré cet essai et plus particulièrement justifiée,

n° 906. « Nous nous sommes habitués à considérer le formalisme comme la caractéristique des périodes primitives et barbares. Si nous voulions y regarder de plus près, nous nous apercevrions que le formalisme se modifie à mesure qu'un peuple vieillit, mais qu'il ne disparaît pas. Nous nous donnons beaucoup de peine pour reconnaître certains détails et certains aspects du formalisme des ancêtres, et nous ne voyons pas l'immense et pesant formalisme qui nous enveloppe de toute part.

» J'aperçois l'unité du génie humain non seulement dans quelques-unes de ses conceptions primordiales, mais encore sous la variété des formes dont il recouvre ses conceptions. Le formalisme nous est indispensable, il nous est nécessaire. L'homme ne le supprime pas en se perfectionnant : il le déplace, il le modifie, le développe et le multiplie. »

V. enfin, Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, t. II, p. 266. « Renaissance indirecte du formalisme dans la législation sur les preuves », et Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1920, t. I, p. 105, n° 286. « Oscillations historiques du formalisme ».

Et l'on pourrait multiplier citations et références.

[1] Bien entendu nous ne faisons point état, pour l'instant, du formalisme en quelque sorte administratif, qui est inséparable du principe de publicité.

Le formalisme, en effet, joue un double rôle dans notre Droit. Lorsque la conclusion de l'acte juridique est soumise à l'observation de certaines formalités, elles tendent « ...à protéger l'intéressé contre une détermination trop rapide ou irréfléchie... », à le « ...défendre contre tout abus d'influence et sauvegarder l'indépendance de sa volonté ». Telle est la manifestation individualiste du formalisme; mais, quand le protectionnisme juridique s'étend, certaines formalités d'ordre public apparaissent « ...d'un genre nouveau... » qui « ...sont destinées à porter certains actes à la connaissance des tiers... Il en est ainsi notamment des actes relatifs à la propriété immobilière ». Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, Paris, Pedone, 1923, p. 301 à 303.

Tels sont les deux prototypes du formalisme dont la fusion est notre objectif. V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 160. « La caractéristique des régimes fonciers

à ce propos, la position qui vient d'être prise [1]. Mais cette justification, qui puise dans le droit comparé de précieuses assises, débordera nécessairement de son cadre précis et conduira incidemment à élargir un horizon volontairement limité, laissant entrevoir les seules grandes lignes d'une réforme [2].

en voie de formation, c'est le rôle de plus en plus prépondérant que le formalisme est appelé à jouer en matière de transmission de la propriété foncière... Cette marche envahissante du formalisme ne saurait nous surprendre. Si l'on veut établir la simplicité et la sécurité dans les transactions immobilières, il faut que le droit de propriété ne soit plus une abstraction juridique et qu'il se manifeste par un fait ostensible aux yeux de ceux qui doivent le connaître et le respecter. Voilà pourquoi la théorie de l'acquisition par le seul effet du consentement recule de jour en jour devant la doctrine formaliste qui conçoit la preuve, c'est-à-dire le signe matériel du transfert, comme un élément même de la transmission. A ceux qui regretteraient de voir renaître, sous cet aspect nouveau et rajeuni, le formalisme des ancêtres, nous répondrons... qu'il ne faut pas se laisser effrayer par un mot ni par la pensée que nous retournons aux temps barbares. Rien de plus fréquent dans l'histoire des institutions civiles que ces singuliers retours des choses qui semblent ramener par des voies imprévues les sociétés vers leur point de départ. Il y aurait quelque mauvaise grâce à barrer la route au formalisme de la bureaucratie contemporaine si nous devons, à ce prix, obtenir la complète sécurité des tiers, la stabilité absolue du droit de propriété et le développement du crédit. »

[1] Cette décision éclectique désintéressée nous a été dictée par une simple constatation. Tandis que du côté de la réforme intégrale on rencontre à la fois une riche et abondante littérature et dans certaines législations étrangères, l'exemple de modes perfectionnés qui faciliteraient considérablement la tâche du législateur, dans la voie de l'amélioration proprement dite, au contraire, le Droit comparé est loin d'atteindre la même ampleur perfective; enfin, à la suite d'insuffisants projets en ce sens, on ne découvre qu'un petit lot d'études purement critiques dont nous avons tiré certes le plus grand profit, mais qui ne font point émerger ce qui, selon nous, est le point faible du système et laissent subsister une lacune, pour le moins théorique, qu'il convenait de combler: l'élaboration modernisée d'un type amélioré de notre transcription.

[2] Et cela légitime notre sous-titre. Il est d'ailleurs remarquable que la plupart des solutions qui seront préconisées par la suite sont essentiellement interchangeables et pourraient être aisément transportées sans retouche aucune dans le cadre d'une réforme.

Ainsi nous aurons tenté de concilier avec nos hésitations juridiques nos scrupules professionnels en faisant d'une pierre deux coups.

En effet, si notre conviction est profonde sur le caractère indispensable de l'authenticité, notre perplexité reste entière en ce qui concerne la

Enfin, le plan de cette étude découle de son titre liminaire. Après avoir dégagé, dans un exposé de principe, les idées maîtresses qui semblent devoir canaliser les destinées de la publicité moderne et, faisant un touchau de ces idées, constaté combien notre droit est loin de satisfaire aux règles organiques et aux directives générales qu'elles paraissent dicter, on pourra se livrer, en pleine connaissance de cause, à une appréciation entièrement critique du point faible de notre transcription, appréciation que viendra corroborer, en une brève dissertation exégétique, l'appoint des législations étrangères et compléter enfin la construction d'un système amélioré, simple vue législative destinée seulement à parachever ce travail et paraissant suffire à son esprit.

forme de publicité à adopter. Nous ne craignons point d'en faire l'aveu et nous insistons particulièrement sur ce point, selon nous le plus délicat du problème et qui a dépassé notre compétence.

CHAPITRE PREMIER

LA PUBLICITÉ DES TRANSMISSIONS IMMOBILIÈRES ET LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL[1]

Le principe de publicité n'est pas récent, comme on serait tenté de le croire. C'est « *un fait aussi ancien que la propriété foncière elle-même* » [2].

Mais, à travers sa longue histoire, la publicité immobilière a subi une lente évolution [3]. Sa transformation moderne

1 La conception juridique et l'organisation pratique de la publicité des transmissions immobilières dans le Droit français ont prêté le flanc aux critiques les plus nombreuses, les plus fondées peut-être, qui se soient élevées contre notre législation. Il pourrait donc paraître superflu de parcourir à nouveau un chemin si fréquemment battu.

Cependant, nous avons jugé utile de nous livrer à cet examen de principe tant pour mettre une fois de plus en évidence un paupérisme législatif indigne de notre Droit que pour faire mieux apparaître bien des raisons nouvelles d'une entière réfection. D'ailleurs, dans une matière aussi délicate, une pareille dissertation, même d'apparence didactique, ne pouvait être négligée sans nuire à la clarté des développements ultérieurs.

2 V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891, p. 11 et ss.

3 V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891, p. 11 et ss. « Evolution du principe de publicité ».

même est si profonde, si radicale, que la publicité présente de nos jours un fondement entièrement différent de celui qu'elle offrait à l'origine et ce fondement puise son unique source dans l'unique idée de sécurité [1].

§ 1. *Le rôle économique de la Terre. Son facteur essentiel: La Sécurité*

En dépit des atteintes portées au prestige de la propriété foncière par l'essor mobilier moderne, la terre remplit toujours une fonction économique d'une importance considérable. Objet de placement de capitaux et source de revenus pour l'individu, elle est pour la société un élément primordial de la vie.

[1] « Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité. » STUART MILL.

Sur l'idée de sécurité, cette « aspiration générale », V. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 63. « Nous touchons ici peut-être au plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central, le besoin de sécurité... Donner de la sécurité aux individus, cette idée si simple a dans le droit de nos jours une importance colossale. », et les auteurs de premier plan cités par lui.

Cette idée de sécurité est si intimément liée au problème de la publicité, qu'elle prédomine dans l'esprit de certains auteurs au point de figurer au premier plan, par exemple, dans le titre d'un ouvrage original uniquement consacré à la réforme immobilière. Comp. MORIN, *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse, Paris, 1902.

V. en outre, nos citations p. 4, note 1; p. 5, note 1, *in fine*, et la relation de l'idée de sécurité avec les principes de publicité et de formalisme.

Personnellement, nous sommes convaincu que l'insécurité, quelle qu'en soit la cause — juridique, économique, financière et même politique —, exerce sur l'esprit de la masse une influence morbide qui va le plus souvent du fatalisme ou du découragement chez les uns, à la spéculation la plus dangereuse et la plus éhontée chez les autres, spéculation qui n'est plus l'âme mais bien le virus de tout commerce et dont les conséquences sont redoutables. En un mot, il semble bien que si la sécurité assagit et stimule sainement la norme des individus, l'insécurité les déprime, les désaxe ou les affole.

C'est peut-être la plus grande leçon que l'on puisse tirer de la Grande Guerre.

Pour que la terre puisse remplir pleinement cette fonction; pour que la propriété foncière contribue efficacement à la prospérité de la famille et de la société; pour obtenir d'elle les richesses qu'elle recèle, il faut protéger son exploitation, développer son crédit, la libérer des entraves susceptibles de paralyser sa circulation.

Procurer au propriétaire ou à l'acquéreur du fonds une possession paisible et durable de ce sol qui rend toujours, mais seulement à long terme, les capitaux et l'effort qu'il enfouit; permettre à l'exploitant d'obtenir dans les meilleures conditions le maximum d'un crédit qui n'accepte en principe de se poser que sur un gage certain; favoriser l'accès de la propriété foncière aux capitaux disponibles et aux énergies nouvelles, les solliciter même en leur offrant de sérieuses garanties de stabilité pour l'avenir; conférer en un mot la sécurité aux entreprises et aux opérations immobilières, tel doit être l'objectif immédiat du législateur [1].

[1] Le développement du crédit et de la circulation obtenu naturellement par la simple consolidation du titre foncier peut être intensifié par des procédés artificiels allant jusqu'à la mobilisation du sol. — V. Rondel, *De la mobilisation du sol en France*, thèse, Paris, 1888, et ses différentes applications, surtout en matière de crédit, dans certaines législations étrangères, en particulier dans le Droit allemand et le Droit suisse. Voyez notre bibliographie des législations étrangères au Chapitre III.

Mais le législateur n'obtiendra jamais l'essor complet de ces agents influents de la prospérité foncière, tant qu'il ne pliera pas l'opération immobilière aux exigences impérieuses de cette notion instinctive, la sécurité.

Cet élément initial obtenu, il semble, sans faire état des influences économiques, que les prêts et les mouvements immobiliers peuvent fort bien s'accommoder de nos seules institutions, tous les jours étendues et améliorées — Crédit Foncier, banques immobilières, caisses syndicales agricoles —, sans qu'il soit utile de faire appel à la théorie de l'entière mobilisation du sol ou même du seul crédit hypothécaire.

Cette entreprise, en effet, est difficilement adaptable à notre législation immobilière; elle soulève, en outre, de nombreuses critiques d'ordre juridique. V. Magnin, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Paris, 1896, analysant avec impartialité ses inconvénients juridiques, p. 450 et ss.

Jugée du seul point de vue économique envisagé, cette innovation ne paraît pas convenir aux caractères et aux besoins de la propriété immobilière en France.

Comment obtenir cette sécurité? Comment consolider le titre foncier, l'immuniser contre les troubles, les évictions, le rendre difficilement contestable ou mieux inattaquable?

C'est un problème dont la solution, essentiellement défectueuse dans notre Droit, a justement préoccupé jurisconsultes, économistes, publicistes et praticiens, à la fin du siècle dernier, sans que le moindre progrès appréciable ait atténué

S'il faut activer, surtout alimenter le crédit immobilier, il n'est pas utile de l'instaurer à priori en transformant le sol en billets de banque essentiellement fongibles, susceptibles de satisfaire le désir avant l'apparition du besoin. La propriété foncière n'a pas, comme le commerce, un caractère spéculatif, concurrentiel, exigeant, à défaut d'un large crédit sans cesse renouvelé, une constante immobilisation de fonds dont l'insuffisance ou l'absence peuvent paralyser, détruire ce même commerce. Purement circonstanciel, essentiellement variable dans son quantum et dans son assiette, le crédit foncier doit seulement être prêt à entrer en action dès que sa présence s'impose; jusque-là il doit se faire oublier. Il serait périlleux de le susciter tant que sa nécessité ne se fait pas immédiatement sentir.

Les facilités de circulation, qui ont pour but d'exercer en France une attraction vers la terre et de favoriser son passage de mains inexpérimentées, insuffisantes ou malheureuses en des mains plus expertes ou plus favorisées, n'ont aucun besoin d'être poussées à l'extrême comme dans les pays neufs où, pour le plus grand bien de la colonisation, une impulsion nouvelle doit se substituer rapidement à une tentative infructueuse d'exploitation. La productivité de notre sol, sa fertilité même, sont les résultantes d'un labeur continu, de soins éclairés de génération en génération; le muer en un titre au porteur c'est courir le risque de rompre cet attachement profond du moyen ou du petit propriétaire à sa terre nourricière, attachement qui a fait notre grande force aux heures les plus sombres de l'Histoire; conférer l'anonymat à la terre c'est transformer en nomade, par la vertu du mirage que procure un mieux-être inaccessible, le paysan que tant d'intérêts attachent au terroir, l'exproprier insensiblement et à son insu, provoquer même l'épuisement prématuré du sol.

Que l'avenir nous réserve une industrialisation de la terre, que d'immenses domaines soient exploités un jour par de puissantes sociétés, comme cela existe déjà pour les mines et quelques vastes entreprises agricoles; que ces immeubles enfin, fragmentés et morcelés, circulent sous forme d'actions, c'est le secret de l'avenir. L'avènement de cette forme de la propriété ou de toute autre solution agraire est imprévisible comme sont imprévisibles ses résultats.

Mais, sur le terrain de l'actualité, s'il convient de faciliter la circulation de l'immeuble, la propagation, la vulgarisation même du crédit immobilier, il faut bien se garder d'outrepasser une juste limite. L'innovation du bien de famille insaisissable et les dispositions législatives récen-

une infériorité législative telle, que l'on a pu dire qu'elle était pour la France « *comme une honte nationale* » [1].

§ 2. *Le principe de l'autonomie de la volonté. Son inconvénient: la Clandestinité* [2].

Dans notre législation, entièrement dépouillée du symbolisme primitif, la volonté, dans la pureté des principes, joue un rôle prépondérant en matière de transfert de la propriété, l'idée d'une tradition matérielle, d'une opération purement

tes, favorables à l'accession et au développement de la petite propriété, ne sont-elles pas des manifestations certaines de tendances économiques et sociales d'enracinement du terrien ainsi qu'une commune mesure dont nous ne saurions actuellement nous départir sans courir le risque d'errer dans le domaine purement spéculatif, source de tristes réveils.

1 MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers,* thèse, Paris, 1896, p. 1.

On pourrait même soutenir qu'une législation insuffisamment soucieuse du principe de sécurité irrite, au lieu de les atténuer, les crises foncières dont la périodicité est connue.

D'une durée et d'une intensité variables selon le caractère de gravité de la cause qui les produit, les troubles économiques engendrés par ces crises paraissent d'autant plus longs à se dissiper que la législation du pays contaminé assure d'une manière plus imparfaite la stabilité immobilière

2 C'est en la faculté de « créer des situations juridiques nouvelles » et de « déterminer le droit qui devra les régir » reconnue à la volonté par l'article 1134 du Code civil que réside le principe de l'autonomie de la volonté, héritage de la philosophie individualiste du XVIII[e] siècle que le Code civil a pieusement recueilli et dont le principe de la liberté des conventions, envisagé du point de vue de la forme, n'est qu'une émanation.

Sur les conflits, d'une vive actualité et d'une acuité profonde, entre ce principe et ceux d'équité, de justice sociale et d'ordre public, V. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* thèse, Dijon, 1912, et l'ouvrage remarqué de M. Marcel DIJOL, *La justice dans les contrats et les obligations lésionnaires,* Paris, Librairie du recueil Sirey. « A la théorie traditionnelle, une doctrine nouvelle oppose une conception toute différente, basée sur une connaissance beaucoup plus objective de la réalité, qui donne pour assises à la force obligatoire des conventions individuelles, non seulement l'accord des volontés, mais encore l'utilité sociale », *op. cit.,* p. 38.

fictive ou d'une simple clause équivalente étant complètement abandonnée [1].

Que la transmission s'opère entre vifs au moyen du contrat, qu'elle se produise à cause de mort en vertu du testament ou de la dévolution héréditaire, la cause déterminante du transfert repose sur une rencontre de volontés, simple opération psychologique parfaitement occulte, ou encore sur une interprétation légale ou une manifestation de volontés, dispositions entraînant des transmissions incomplètes et insuffisamment extériorisées [2].

Cette clandestinité du transfert, que le principe de l'autonomie de la volonté renferme à l'état latent, entraîne de nombreux inconvénients dont la gravité se manifeste dans toutes les transmissions de la propriété immobilière et de ses démembrements. Le tiers est exposé à traiter avec un propriétaire dont le droit est considérablement diminué, peut-être anéanti ou inexistant. Même s'il ne porte pas en lui le germe d'un amoindrissement ou d'une destruction, l'incertitude la plus fâcheuse plane sur ce droit jusqu'au jour lointain où une prescription acquisitive consolide le titre, jusqu'au moment où le droit du créancier hypothécaire produit son effet légal [3].

[1] L'acquisition de la propriété se réalise suivant un principe différent dans d'autres législations modernes, inspirées du Droit romain, dont le Droit allemand est le protagoniste. La volonté est en elle-même impuissante à opérer le transfert; elle le suggère, elle le provoque, l'accomplissement de formalités juridiques seul l'effectue et le révèle à la fois. Voyez p. 16, note 1.

[2] Au cas de dévolution héréditaire, la volonté des particuliers ne joue ce rôle attributif qu'à la condition de reconnaître à l'hérédité *ab intestat* le fondement philosophique moderne qui en a fait le « testament présumé du défunt ».

Si l'on rejette cette opinion, il semble que l'on puisse classer cette modalité des transmissions, quel que soit le fondement nouveau qu'on lui attribue, au nombre des modes d'acquisition par l'effet de la loi. C'est alors la volonté du législateur, qui, directement ou indirectement, opère la transmission; pratiquement, l'occultisme règne encore en maître.

[3] Il est nécessaire de donner au mot « tiers », dont le sens est très variable en Droit français, une portée précise. La loi du 23 mars 1855, dont l'amélioration nous préoccupe, accorde la qualité de tiers à tous

En bonne législation, il convient d'affranchir la propriété foncière de cette clandestinité source de tant de maux [1].

§ 3. *Le seul remède efficace: la Publicité* [2]

Une publicité sérieuse, remédiant aux déplorables consé-

ceux qui ont acquis à titre particulier du chef du dernier propriétaire des droits soumis à la publicité et qui les ont conservés conformément aux lois. V. dans BUFNOIR, *Propriété et contrat,* Paris, Rousseau, 1900, p. 83 et ss., une longue analyse de la notion de tiers.

La catégorie de tiers qui nous intéresse ici est plus générale; elle comprend cette classe de tiers *stricto sensu* et, *lato sensu,* les ayants cause effectifs ou éventuels d'un aliénateur de droits réels; en d'autres termes ceux qui ont acquis ou sont susceptibles d'acquérir de tels droits.

1 Comp. DECOURDEMANCHE, *Du danger de prêter sur hypothèque et d'acquérir des immeubles,* 3e éd., Paris, Béchet, 1830.

V. la condamnation morale de la clandestinité dans VALÉRY, *De la transmission à l'égard des tiers de la propriété immobilière, des droits réels immobiliers et des droits de créances,* thèse, Montpellier, 1889: « Les ténèbres ne sont utiles et ne plaisent qu'aux gens de mauvaise foi. » p. 20, n° 9, et la citation rapportée de TREILHARD au *Conseil d'Etat,* séance du 24 ventôse An XII. « Si donc on trouve un moyen d'éclairer chaque citoyen sur l'état véritable de celui avec lequel il traite il faut s'empresser de le saisir. On aura alors tout ce que désirent, tout ce que peuvent désirer les personnes de bonne foi; et si la mauvaise foi s'en alarme, ce sera une preuve de plus en faveur de la mesure ».

2 V. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891; CHAINE, *La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat, le 3 décembre* 1908, thèse, Dijon, 1909; JUILLARD, *De la réforme de la transcription,* thèse, Rennes, 1920; LAFOND, *Essai critique sur la publicité des actes juridiques modificatifs du patrimoine,* thèse, Paris, 1912; MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers,* thèse, Paris, 1896; MICHEL, *Des imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers,* thèse, Dijon, 1904; PAUL-DAUPHIN, *De la réforme de la loi du 23 mars* 1855, thèse, Paris, 1906; SAUTAI, *De la publicité des actes intéressant la propriété immobilière,* thèse, Caen, 1910; VALÉRY, *De la transmission à l'égard des tiers de la propriété immobilière,* thèse, Montpellier, 1889; et l'étude récente de M. François ROGER, *La Réforme du Régime foncier en France,* Paris, Godde, 1922. V. en outre, LASSALLE, *De la Transcription du partage,* thèse, Grenoble, 1895; PUIS, *De la Transcription des conventions matrimoniales,* thèse, Toulouse, 1899.

quences de l'immatérialité des transmissions, peut seule préserver l'immeuble des effets décevants de la clandestinité [1].

La publicité a d'ailleurs franchi depuis longtemps la zone immobilière pour s'étendre aux biens mobiliers. V. l'important article de M. ROCHE-AGUSSOL, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912, p. 152 et 302.

[1] La publicité immobilière a acquis droit de cité dans toutes les législations modernes. « C'est un dogme universellement respecté, historiquement établi et dont la pratique démontre le bien fondé chaque jour. » CHAINE, *La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre* 1908, thèse, Dijon, 1909, p. 5, *in fine*.

Notre chapitre consacré au Droit comparé ne comportant aucun développement relatif au mécanisme des différentes publicités, il nous paraît essentiel pour la clarté de nos explications d'en donner ici une idée générale quoique succincte.

Bien qu'elle soit conçue et réalisée de façon différente selon les influences diverses qui ont présidé à l'élaboration des lois des différents pays, on peut cependant ramener à deux types synthétiques principaux ses modes divers de construction juridique et d'organisation pratique.

On a coutume de distinguer la « publicité *in rem* » de la « publicité *in personam* » en les considérant du seul point de vue de la formalité pure.

Cette classification traditionnelle a l'avantage de faire percevoir immédiatement le procédé employé pour révéler le statut de la propriété foncière : la publicité réelle établissant l'histoire juridique de l'immeuble, donnant sur un même plan son « état civil » — identités, transmissions successives, charges de toute nature —; la publicité personnelle relatant l'histoire immobilière répertoriée des individus, en sorte que l'on doit remonter de propriétaire en propriétaire pour reconstituer la filiation du droit et en établir la teneur.

Mais ce critérium a le défaut capital de passer sous silence les caractéristiques vraies de chacun de ces systèmes dont les véritables stigmates juridiques résident en les effets différents de l'accomplissement de la formalité : opposabilité absolue d'une part et, d'autre part, opposabilité relative.

En effet, la seule inscription sur un registre permet d'acquérir la propriété *inter partes* et *erga omnes*, elle confère une situation quasi inexpugnable, tandis que la transcription sans influence sur le transfert entre les parties ne produit d'effet qu'à l'égard de certains tiers : elle règle l'ordre de préférence des aliénations et arrête le cours des inscriptions ; elle procure en un mot un simple droit de priorité toujours subordonné à la validité intrinsèque du titre de transfert même à l'égard des tiers. — Sur la critique du mot « inopposabilité », généralement employé, V. DE LOYNES, *Le projet de loi sur la réforme hypothécaire*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897, t. XXVI, p. 229.

Cet exposé synthétique présente les deux systèmes extrêmes qui cor-

Malgré la divergence des principaux modes de publicité et de leurs applications, il semble que l'on puisse dégager de l'amas d'une documentation massive certaines idées maîtresses et les grouper en règles organiques et en directives générales autour desquelles paraît devoir graviter tout concept moderne de la publicité.

I. Règles organiques. — Quel que soit le mode adopté, la publicité doit être étendue et imposée à tous les actes et à tous les faits modificatifs de la propriété immobilière; elle doit aussi comporter le minimum de complexité [1].

respondent aux législations allemande et française. Il va sans dire que chacun d'eux comporte dans les institutions étrangères correspondantes des modalités et des applications diverses; mais l'étude de ces législations nous a justement permis de constater, à deux exceptions près, la constance de ce double parallélisme: réalité et opposabilité absolue, personnalité et opposabilité relative. On peut certes concevoir la substitution d'un principe à l'autre. Il en existe d'ailleurs quelques applications — Espagne, Etats Scandinaves — mais on ne peut nier une coïncidence qui permet cette généralisation.

Il importe, en outre, pour avoir une idée exacte du principe absolu de l'inscription, d'ajouter qu'il n'est jamais entièrement consacré dans son application, sauf en ce qui concerne l'immatriculation du système *Torrens*.

Le transfert reste annulable ou résoluble si l'inscription n'est pas légitime, c'est-à-dire si elle a été effectuée en vertu d'un acte d'acquisition vicié dans son principe ou dans sa forme, mais entre les parties seulement, sous l'expresse réserve des droits acquis par les tiers sur la foi des registres.

Cette fissure au principe absolu de l'inscription, que nécessitent les règles élémentaires du droit commun, est plus apparente que réelle car la validité des transferts est généralement assurée par des moyens ingénieux.

Quant au système *Torrens*, il est unanimement considéré comme un mode particulier de publicité. Pourtant, il présente les traits caractéristiques de réalité et d'immatriculation ayant force d'investiture publique — opposabilité absolue poussée à ses confins —. Par là même il se confond avec l'un des deux modes mis en présence et ne s'en sépare que par l'irrévocabilité de son immatriculation; par son caractère facultatif, pis aller provisoire qui marque momentanément son infériorité; enfin, par l'absence de tout contrat initial de transfert entre vifs et de tout acte certificateur de la transmission après décès.

[1] Ces considérations semblent bien découler des travaux et surtout des études qui depuis un demi-siècle ont porté tant sur la réforme intégrale que sur l'amélioration de la transcription.

Généralité, nécessité et simplicité de la formalité, telles paraissent donc être les règles organiques essentielles d'un bon régime de publicité.

La simplicité de la formalité est un axiome; quant aux règles de généralité et de nécessité, elles s'imposent dans toute organisation législative complète où elles sont connexes, solidaires même [1].

En effet, toute dispense de publicité, tolérant les lacunes, fausse le tableau des transmissions et des altérations foncières; elle facilite les abus et les fraudes d'une façon d'autant plus aiguë que la transmission est exempte de titre constitutif, telles les successions *ab intestat,* ou que l'acte qui la suscite a seulement une valeur et une autorité purement circonstancielles, comme les dispositions à cause de mort. Enfin, la mise en vigueur d'une sanction inefficace, favorisant les omissions, complète la destruction de toute l'économie du système [2].

II. Directives. — Mais en dehors de ces règles organiques, il est des directives qu'une publicité bien conçue ne doit pas perdre de vue pour le plus grand bien de la stabilité foncière.

Appelée à fournir des renseignements et à consolider le titre dans une mesure quelconque, la publicité ne doit pas

[1] Adopte-t-on le système réel-probant, les règles de généralité et de nécessité se confondent. Nul ne devient réellement propriétaire et n'a le complet exercice de son droit tant que ce droit n'est pas publié. C'est à la fois un acheminement forcé et une contrainte rigoureuse qui assurent dans sa plénitude l'accomplissement de la formalité.

Voyez p. 108 et ss., les principes « absolu » et « relatif » de l'inscription du Droit suisse.

[2] Les règles de généralité et de nécessité combinées peuvent seules permettre de conférer aux systèmes à forme personnelle les qualités purement documentaires qu'ils doivent présenter en vue d'une reconstitution intégrale de la généalogie des immeubles.

A ces qualités purement documentaires exigées de ce mode de publicité, nous opposerons celles prédocumentaires que doit présenter le titre à publier.

être erronée ou d'une fragilité telle que l'on ne puisse lui accorder qu'une confiance restreinte, un crédit limité.

Considérée comme un organe accessoire de la transmission ou comme un élément nécessaire à sa consécration, la publicité doit avant tout s'appuyer sur des transmissions valables, emportant un substratum de certitude susceptible de les mettre à priori au-dessus de tout soupçon et, dans la mesure du possible, à l'abri des contestations. Avant d'être révélé, le titre doit posséder ou avoir acquis une valeur propre qui seule peut permettre d'attacher à la publicité des effets utiles [1].

Aux qualités de fond du titre doivent d'ailleurs s'ajouter certaines qualités de forme permettant, selon les systèmes, d'éviter les erreurs et les confusions, d'effectuer sans difficulté les prélèvements de toute nature, de faciliter et d'accélérer enfin l'accomplissement de la formalité et la délivrance de renseignements clairs et précis.

L'ensemble de ces qualités du titre constitutif joint aux effets d'une publicité sérieuse peuvent seuls procurer à la transmission, outre la sécurité, un élément probatoire d'une intensité variable, mais dont la nécessité s'impose avec d'autant plus de force que les relations d'affaires s'étendent et s'intensifient tous les jours.

Les facilités accordées à la preuve du droit de propriété et la valeur de cette preuve sont des facteurs importants du crédit et de la circulation. Il ne suffit pas de conférer la sécurité, il faut que cet impondérable se manifeste matériellement [2].

1 La plupart des systèmes exigent la soumission d'un écrit constatant la transmission. Exceptionnellement cette transmission peut se passer d'un titre constitutif ou certificateur antérieur à la publicité — Contrat abstrait du Droit allemand et Système *Torrens*.

Sur le contrat abstrait, V. Challamel, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889, p. 405, n° 4, et Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890, p. 4, n° 5.

2 Ces directives nous sont à leur tour dictées par les tendances actuelles que nous avons cru pouvoir discerner et surtout par leur mise en

§ 4. *La Législation Française* [1]

Uniquement instaurée pour établir un ordre de préférence entre ayants cause d'un même auteur en matière contractuelle sous prétexte de lutter contre la clandestinité, notre législation néglige toute autre considération et si l'idée de sécurité, avec les conséquences qui en découlent, a porté quelques rares fruits, il faut en attribuer le mérite exclusif aux expédients imaginés tant par la pratique notariale que par la jurisprudence [2].

I. Imperfections. — La loi du 23 mars 1855, qui a consacré en France d'une façon très fragmentaire l'idée de publicité, est loin de répondre aux desiderata précédemment exprimés. Son étendue est limitée, sa portée restreinte, son formalisme compliqué [3].

œuvre dans les modes de publicité les plus modernes. Leur coordination avec nos règles organiques peut seule permettre d'obtenir de la publicité un rendement maximum selon des procédés différents. Heureusement conciliées dans les systèmes réels-probants, ces données sont difficilement adaptables aux modes personnels d'opposabilité relative. Nous essaierons pourtant de grouper autour de ces départs l'examen critique de notre transcription, l'élaboration juridique et pratique d'un type amélioré et le schéma d'une réforme.

1 V. Flandin, *De la Transcription en matière hypothécaire*, Paris, Cosse et Marchal, 1861; Mourlon, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, Paris, Marescq, 1862; Verdier, *Transcription hypothécaire*, 2e éd., Paris, Marescq, 1881.

2 Toute référence est inutile, les auteurs sont unanimes sur ce point.

3 En outre, elle admet directement à la publicité l'acte sous seing privé. Faussant en cela nos règles organiques, cette loi s'éloigne des directives que nous avons tracées et se sépare complètement de l'ensemble des législations étrangères. Voyez, *passim*.

On ne peut cependant passer sous silence quelques critiques particulières, dont la justification est superflue, relevant du « manque absolu de cohésion », du caractère « d'insuffisance et d'étroitesse » qui caractérisent notre loi.

Exclusion des créanciers chirographaires de la qualité de tiers *stricto sensu*. V. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1919, t. I, p. 633;

1° *Généralité.* — Les lacunes et les omissions que présente cette loi sont autant de manquements graves au principe de généralité.

Dans l'intérêt des tiers, comme dans l'intérêt du crédit et de la circulation, la publicité doit s'attacher à trois ordres de faits: les transmissions de propriété, les constitutions de charges foncières, les causes d'annulation et de résolution.

Or, les seuls titres d'acquisition soumis à la publicité sont les actes entre vifs translatifs. L'application de ce critérium emporte donc exclusion des mutations verbales, des transmissions par décès *ab intestat* ou testamentaires, et des actes dits déclaratifs: partages, quelle que soit leur origine, retraits, transactions, jugements qui déclarent ou déterminent le droit de propriété en dehors de tout transfert [1].

En revanche les charges foncières sont soumises à la publicité hormis les droits d'emphytéose et de superficie à la clandestinité légale desquels supplée une jurisprudence extensive [2].

Survivance des règles du Code civil concernant la publicité des actes à titre gratuit qui provoque une malencontreuse dualité de législation. *Op. cit.*, p. 972;

Dispense excessive de transcription accordée aux baux portant sur une période inférieure à dix-huit ans et aux quittances anticipées de loyers et fermages non échus et de moins de trois ans. V. JUILLARD, *De la réforme de la transcription*, thèse, Rennes, 1920, p. 124 et ss., qui, après M THÉZARD, auteur d'un contre-projet dont il sera parlé, propose de réduire ces dispenses à neuf ans pour les baux et à un an pour les quittances.

1 Enfin les acquisitions en vertu de la loi: prescription acquisitive; accession; constitution de servitude ou d'usufruit légal.

Exceptionnellement, le Code civil exige la publicité des substitutions d'immeubles par testament.

2 Il est utile de distinguer, en matière de publicité des « droits réels », les charges foncières qui opèrent un démembrement de la propriété et limitent le droit de jouissance du propriétaire — droits d'usufruit, de servitude, d'antichrèse, d'usage et d'habitation — des droits réels qui laissent intact ce droit de jouissance — privilèges et hypothèques — et que le Code civil a soumis à une publicité spéciale dont le remaniement prévu sous l'exacte appellation de réforme hypothécaire serait l'utile complément d'une amélioration ou d'une réforme de la transcription. V. l'excellent ouvrage de Joseph GRASSET, Avocat près la Cour de Montpel-

Quant aux causes d'éviction proprement dites, la loi ne prévoit qu'accidentellement leur publicité malgré leur fréquence et la gravité de leurs effets.

Ce laconisme n'est pas sans susciter de très graves inconvénients. Outre qu'il interdit ou entrave les recherches dans une organisation dont le caractère purement documentaire présente une très réelle importance, il expose le tiers acquéreur ou le créancier hypothécaire à des révélations désagréables, à des collusions frauduleuses s'il traite avec un co-héritier, un indivisaire ou un co-partageant, et le met fréquemment sous le coup d'une dépossession.

Abstraction faite du bon fonctionnement du mécanisme de la transcription, et au seul point de vue de la sécurité immédiate des tiers, d'où découle dans le principe l'intensité du crédit et la vigueur de la circulation, l'utilité de la publicité des mutations par décès, des actes déclaratifs et des causes d'éviction présente une importance qu'il est nécessaire de mettre en lumière [1].

lier, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil*, Paris, Rousseau, 1907, et son abondante documentation.

L'ensemble de cette réorganisation pourrait prendre le nom de réforme immobilière, au même titre que l'on parle de congrès immobiliers par exemple, pour éviter une fréquente confusion de la partie et du tout.

1 L'accord est unanime en ce qui concerne l'extension de la publicité, dans la limite du possible, à tous les actes et à tous les faits modificatifs de la propriété immobilière; mais quelques divergences ont porté assez récemment sur les effets qu'il convient d'attribuer à la publicité de ces dernières transmissions et modifications.

Selon que l'on envisage l'utilité de la publicité d'un point de vue purement documentaire ou qu'on lui attribue un rôle plus étendu, on est conduit à dénier tous effets à la publicité des transmissions et modifications nouvellement admises ou à en tirer la quintessence même.

Nous n'hésiterons point à prendre parti en faveur des tendances utilement extensives.

En effet, conserver à la publicité une fonction purement documentaire serait aggraver encore la dualité déjà si regrettable de notre législation en conservant d'une part des effets à la publicité, en les repoussant d'autre part. En outre, cette innovation nécessiterait des concessions et des retouches tellement profondes qu'il serait vraiment regrettable de ne point bénéficier des ressources que nous offriraient les sacrifices consentis.

A) Mutations par décès. — La publicité des mutations par décès n'intervient pas, comme en matière de transmissions entre vifs, pour régler l'ordre de préférence des aliénations. Le droit de propriété s'acquiert par la force de la loi ou en vertu d'un acte volontaire du testateur, son titulaire est irrévocablement désigné. Si un conflit s'élève, il est réglé, entre pétitionnaires, conformément aux principes de la dévolution héréditaire et aux règles de validité et de priorité des legs.

Mais, si la transcription ne confère aucun élément nouveau au droit des successibles, elle est essentielle pour assurer la protection des tiers qui sont susceptibles de contracter ou ont traité avec l'héritier et le légataire. Les collusions sont fréquentes qui peuvent mettre en danger les droits réels ainsi acquis ou dont la transmission est projetée: usurpation de la qualité d'héritier, révélation d'un héritier plus proche, découverte d'un testament [1].

Dans une hypothèse semblable, la situation du tiers qui traite sur la foi de l'apparence est pleine de périls. Aucun moyen préventif sérieux de connaître de l'exclusivité et de l'intégrité du titre du successible n'est mis à sa disposition. Même si ce successible présente un acte de notoriété, un intitulé d'inventaire, le testament, le jugement d'envoi en possession, l'acte de délivrance du legs, ces documents, que l'on peut seuls prendre en considération, d'une autorité très variable, n'ont jamais qu'une valeur aléatoire; en outre, ils peuvent faire complètement défaut.

Le tiers acquéreur ou le créancier hypothécaire qui traite avec un successible ou, chose plus grave, avec un constituant ayant lui-même un successible dans la lignée de ses auteurs,

Un courant très puissant se manifeste d'ailleurs en faveur de cette thèse comme en font foi certaines combinaisons législatives, bien des études doctrinales déjà anciennes et toutes celles récentes.

[1] La Jurisprudence réitérée validant certains actes accomplis par l'héritier apparent donne une idée du nombre considérable de ces difficultés. Voyez p. 40, note 1.

devra-t-il donc s'abstenir en cet état d'incertitude et, à plus forte raison, en l'absence de toutes pièces justificatives?

Alors, la carence d'une publicité fondée sur un titre obligatoire et sérieux préjudicie aux successibles incapables d'établir le bien fondé de leur acquisition, elle porte atteinte au commerce juridique pour lequel « *l'immobilité est un principe de mort* ».

B) Partages. — Ces considérations fondées sur l'hypothèse d'un héritier unique s'imposent plus vigoureusement en cas de pluralité d'héritiers. La fraude est plus facilement réalisable en raison du droit reconnu à l'héritier de disposer d'une part indivise, alors que son lot effectif ne sera déterminé qu'ultérieurement par l'acte ayant mis fin à l'indivision. Cette éventualité est tellement redoutable que le Code civil accorde aux créanciers antérieurs au partage la faculté d'intervenir pour sauvegarder leurs droits dans une certaine mesure [1].

Mais, cet expédient légal reste sans effet lorsque l'immeuble prétendu indivis a fait l'objet d'une attribution à un héritier autre que le cédant en vertu d'un partage antérieur à l'aliénation ou la constitution du droit réel et légalement demeuré clandestin. Le tiers est désarmé, il n'aura plus à sa disposition qu'un simple recours en dommages-intérêts généralement illusoire, la fraude impliquant l'insolvabilité ou un esprit de malhonnêteté averti et retors.

Même si ce tiers s'entoure de toutes les précautions en son pouvoir, il peut être frustré. Il aura beau se faire présenter les actes justificatifs de la transmission s'il en existe, faire opposition au partage, transcrire ou inscrire son propre titre et ne verser le montant du prix ou du prêt qu'après avoir agi avec la plus extrême prudence, si le partage a été consommé, il lui sera irrémédiablement opposable.

[1] *Cf.* art. 882, C. Civ. L'extension aux acquéreurs est implicite. V PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 7e éd., t. III, p. 578, n° 2434.

Le tiers doit-il s'abstenir? Peut-on encore lui reprocher son imprudence? Serait-elle flagrante qu'elle ne saurait justifier les insuffisances d'une législation dont le rôle essentiel est d'assurer la sécurité, partant de faciliter le crédit et la circulation. Faut-il donc à nouveau se dispenser de traiter quand il s'agira de droits indivis?

Et ces observations s'étendent aux actes équivalents au partage: licitations au profit de co-propriétaires et cessions de droits successifs intervenues entre co-héritiers [1]. Il en va de même des retraits successoraux, d'indivision ou de droits litigieux [2]. Il faut enfin ajouter à cette énumé-

1 Aux yeux de la Loi, ces cessions et licitations n'ont le caractère déclaratif que si elles font entièrement cesser l'indivision entre tous les co-propriétaires.

Cela conduit à des solutions bizarres dont la plus curieuse est la suivante: lorsque l'un des indivisaires acquiert successivement toutes les parts, les actes d'acquisition sont soumis à la publicité, puisqu'ils ne font pas cesser l'indivision, hormis le dernier qui a seul le caractère d'un partage.

En fait, ces actes ne sont pas publiés et pour peu que s'élève une de ces difficultés fréquentes entre co-héritiers, dont la susceptibilité est connue, on juge de l'imbroglio des conflits en perspective si des reventes sont effectuées par des cédants sous le coup de ressentiments, de suggestions véreuses, ou ont été consenties par le cessionnaire.

Au cas excessivement rare où ces cessions ont été transcrites, sauf la dernière bien entendu, on se trouve alors en présence d'une véritable anomalie. S'agit-il d'un immeuble sur lequel on me cède des droits indivis en ma qualité de co-héritier, je suis, à la connaissance des tiers, propriétaire d'une fraction de cet immeuble et inconnu d'eux pour la portion restante que je tiens à la fois d'un co-indivisaire et de mon propre chef. La dernière cession a fait cesser l'indivision entre les parties, mais cette indivision subsiste à l'égard des tiers du fait de mon dernier auteur et de moi-même.

C'est de la logique certes, encore que fondée sur un départ fictif, mais logique seulement à l'origine.

Aussi, ces incohérences législatives, qu'il serait fastidieux de dénombrer, ont fait dire à MOURLON, *Traité théorique et pratique de la Transcription*, Paris, Marescq, 1862, t. I, p. 392, « ...en somme, tout a été en cette matière livré aux caprices du hasard. La Loi a oublié son rôle, au lieu de faire de l'ordre, elle a fait de l'anarchie. »

2 L'utilité de la publicité des retraits est d'autant plus urgente que les actes de cession qu'ils détruisent sont soumis à la formalité. La logique du législateur est cette fois en défaut.

tion un acte d'une nature mixte : la transaction, convention particulière mettant fin à un litige né ou à naître et bénéficiant de l'autorité qui s'attache à la chose jugée en dernier ressort [1].

Quant aux jugements, actes déclaratifs par excellence, ils sont soumis à la publicité lorsque prédomine d'une façon absolue le caractère translatif — jugements qui constatent l'existence d'une convention verbale translative, jugements d'adjudication au profit d'un étranger — ou bien lorsqu'ils prononcent la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit ; ce qui dispense de la formalité tous autres jugements et notamment ceux relatifs aux instances portant sur la propriété indivise [2].

Les arguments précédemment invoqués en faveur de la publicité militent ici avec plus de force puisqu'il s'agit d'un droit contesté, susceptible d'être acquis d'un compétiteur dépouillé par des tiers ignorant non seulement l'existence du litige mais encore la décision intervenue.

C) Causes d'éviction. — La révélation des causes d'évic-

[1] La majorité des auteurs considère la transaction comme déclarative ; mais il est des cas où elle peut être translative.

De toute façon, l'admission de la transaction à la publicité sous la rubrique des actes déclaratifs concilierait les intérêts en présence. Les tiers seraient prévenus et protégés, les parties conserveraient le bénéfice fiscal du caractère déclaratif, à moins que le fisc ne tente de tirer parti, en toutes ces matières, du fait de la soumission de ces actes à la publicité pour leur conférer un caractère translatif et percevoir des droits en conséquence.

Cette crainte, qui suffirait à entraver complètement toute tentative même d'amélioration, ne doit pas nous arrêter. D'ailleurs, s'il est, dans l'histoire, des exemples de déformation des principes — Droit fixe de la loi du 22 frimaire An VII transformé en un droit gradué, puis en un droit proportionnel en matière de partages — ou d'exigence d'institutions civiles nouvelles — Origine exclusivement fiscale des art. 834 et 835, C. proc. civ., relatifs à la Transcription — dans un intérêt purement fiscal, de nos jours, les Lois des Finances ne prennent plus la peine de justifier leurs besoins par des considérations d'ordre juridique. Leur franchise, parfois brutale, n'en est-elle point de meilleur aloi ?

[2] *Cf.* loi du 23 mars 1855, art. 1er, al. 3 et 4, art. 4, al. 1er.

tion n'est pas mieux assurée dans notre droit [1]. Le législateur en a révélé quelques-unes ; parfois il a tenté d'atténuer

1 Il est difficile de présenter un classement complet et rationnel de ces causes. Leur multiplicité et, par dessus tout, la variabilité de leur nature, de leurs conditions d'exercice et de leurs effets s'y opposent On peut à la rigueur en effectuer un arrangement artificiel en les groupant autour de l'action qui sanctionne chacune d'elles.

Le tableau suivant donnera une idée assez complète des causes les plus répandues et mettra mieux en évidence les dangers courus dans les transmissions et trop souvent ignorés.

Exposé schématique des causes d'éviction les plus fréquentes classées d'après les actions auxquelles elles sont soumises

ACTIONS EN NULLITÉ	ACTIONS EN RÉSOLUTION ET EN RESCISION.	ACTIONS EN RÉVOCATION, EN RÉDUCTION ET EN RAPPORT.
Incapacités [1] Minorité ; Interdiction ; Nomination de conseil judiciaire ; Privation des droits civils. *Indisponibilités* Substitutions ; Saisie Immobilière ; Dotalité ; Faillite et liquidation judiciaire. *Vices du Consentement* Erreur ; Violence ; Dol. *Vices de forme*	*Conditions résolutoires* A. 1183 Clause de réméré ; Clause de retour conventionnel ; Autres clauses conventionnelles. A. 1184 Défaut de paiement du prix ; Défaut de délivrance dans les délais ; Défaut de contenance du vingtième. *Lésions* Vileté du prix ; Minorité.	*Révocations* Ingratitude ; Inexécution des conditions ; Survenance d'enfants ; Entre époux. *Réduction* Atteinte à la réserve. *Rapport* Avancement d'hoirie. *Autres révocations* Droit de l'héritier apparent ; Droit de l'usufruitier p^r^ abus de jouissance ; Droit de l'envoyé en possession définitif en cas de retour de l'absent.

1 Il faut signaler en outre les effets complexes des causes d'éviction relatives au fonctionnement, à la rupture ou au relâchement du régime et du lien matrimoniaux.

V. dans Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 160, « le détail des revendications et des actions

leurs conséquences ; enfin, certaines règles spéciales ont porté indirectement une légère amélioration ; mais tout cela a été effectué sans méthode aucune, d'une façon diluée, en sorte que la clandestinité reste encore la règle et la publicité l'exception [1].

Leurs conséquences sont cependant rigoureuses, elles produisent un effet rétroactif qui anéantit en principe tous les droits consentis depuis la transmission viciée.

Cependant, s'il est utile de sauvegarder certains intérêts, il ne faut pas pour cela sacrifier entièrement celui des tiers. Ne voit-on pas tous les dangers d'un protectionnisme étroit et ses répercussions économiques ? [2]

Peut-on admettre que des clauses spéciales soient opposables aux tiers du fait de leur seule existence dans le contrat ? L'intéressé, dira-t-on, peut prendre connaissance du titre de son auteur. Soit, mais si la clause de résolution frappe une des transmissions précédentes, le tiers acquéreur pourra rarement exercer un contrôle efficace.

Les actions en nullité se prescrivent à partir de la cessation de l'incapacité sans que l'incapacité ou sa cessation

résolutoires intentées et accueillies par les tribunaux en 1887 » s'élevant à 2.299 actions pour 1.521 jugements.

[1] *Cf.* art. 1069, C. civ., Substitutions ; art. 958, C. civ., Révocation pour ingratitude ; art. 678, C. pr. civ., Transcription de la saisie immobilière ; art 7, Loi du 23 mars 1855, Action résolutoire solidarisée avec le privilège du vendeur ; Loi du 17 août 1897, art. 501, C. civ., Loi du 16 mars 1893, dispositions éparses relatives aux incapables : mentions sur les registres de l'état civil, insertions dans les journaux, affichages chez les notaires et dans les auditoires des tribunaux, publicité « morcelée, disséminée, incomplète et difficile à recueillir » ; art. 438, C. com., Faillite ; Loi du 10 juillet 1850, Publicité des contrats de mariage.

[2] *Cf.* art. 446 C. com., relatif à la conservation des droits des créanciers de la faillite.

L'indisponibilité due aux jugements déclaratifs de faillite frappe les immeubles du jour où le jugement a été rendu et non du jour où il a été publié, elle est toujours ignorée des tiers éloignés du lieu de la faillite.

Le dessaisissement qui subsiste en cas de clôture pour insuffisance d'actif menace même les tiers auxquels le failli confèrerait des droits immobiliers acquis par lui postérieurement à la clôture.

aient été utilement révélées. Voit-on l'acquéreur se livrer à une vérification minutieuse à l'égard de son co-contractant et des auteurs de ce dernier au sujet de toute espèce d'incapacité, d'indisponibilité et particulièrement d'inaliénabilité dotale?

Enfin, certaines causes d'éviction fondées sur la révocation, la réduction ou le rapport n'acquièrent en principe aucune notoriété, alors qu'elles peuvent, au même titre que les causes basées sur les vices du consentement, les vices de forme, la rescision pour vileté du prix, conduire en définitive de la dépossession partielle à l'anéantissement complet du droit [1].

Il est remarquable d'ailleurs que si le plus grand nombre de ces causes sont simplement latentes, c'est-à-dire subordonnées à une mise en mouvement de l'action qui les sanctionne, il en existe qui sont purement éventuelles et que vivifie seule la survenance de faits postérieurs. Or la survenance de ce fait n'est pas davantage révélée aux intéressés.

Aussi, dans l'ignorance des difficultés qui le guettent, en présence des empêchements d'ordre matériel que provoque une publicité embryonnaire, purement temporaire ou simplement rogatoire, l'acquéreur se dispense-t-il de tout contrôle médiat ou même immédiat; il récolte ainsi, laisse germer ou sème lui-même, au détriment de ses ayants cause prochains, le grain de contestations, de procès toujours pénibles, parfois inextricables [2].

Il y aurait donc intérêt à divulguer toutes ces causes dès leur naissance afin de prémunir les tiers qui, utilement aver-

1 Toutes ces matières sont une application du fameux principe *nemo jus ignorare censetur* qui se justifie aisément en Droit pénal, mais se conçoit d'autant moins en Droit civil que cette législation devient de plus en plus touffue, en conséquence inintelligible pour les simples particuliers le plus souvent ignorants des dispositions légales.

2 Ces considérations font émerger l'intérêt que présente la validité intrinsèque de chacune des transmissions, au fur et à mesure qu'elle est opérée, dans un régime foncier consolidé par la seule prescription où les erreurs et les fraudes ont des répercussions si regrettables.

tis, seraient en défaut s'ils franchissaient de leur propre gré ce signal d'alarme [1].

Mais, une menace, pour si lourde qu'elle soit, n'est pas aussi dangereuse que sa réalisation prochaine. Il peut se faire que l'éventualité d'une révocation ou d'un rapport ne se produise pas, que la clause conventionnelle soit exécutée, l'action en nullité ignorée ou sa mise en mouvement volontairement abandonnée. Au contraire, lorsque l'action est sur le point d'être invoquée, que la menace devient pressante, il est extrêmement urgent d'en donner un avertissement opportun.

La plupart des causes d'éviction, en effet, opèrent *ex tunc* et les tiers, *stricto et lato sensu*, ont un puissant intérêt à ce que la demande soit publiée. Ceux qui ont acquis et conservé un droit sur l'immeuble pourront intervenir au lieu de se contenter d'une tierce opposition inefficace ou tardive; ceux enfin qui, alléchés par de bonnes conditions, seraient tentés de traiter au sujet du droit menacé seront mis en garde contre l'imminence du risque qu'ils courent.

La publicité des demandes qui opèrent *ex nunc*, quoique moins impérieuse, est encore nécessaire pour tout contractant éventuel postérieur à la demande, à la date de laquelle rétroagit le jugement [2]. Entre cette date, en effet, et celle du jugement s'écoule un assez long intervalle léthargique de l'action, aggravé de nos jours par les lenteurs de la procé-

1 Malheureusement un très grand nombre de ces causes sont difficilement conciliables avec le principe de publicité, d'autres sont entièrement réfractaires et c'est à leur propos que nous proposerons une conception nouvelle de leur divulgation indirecte à défaut de publicité directe, voire d'opposabilité absolue sans aucune forme de publicité.

2 Cette exception aux effets habituels de la rétroactivité est fondée, aux cas de révocation pour ingratitude, abus de jouissance du droit de l'usufruitier, déchéance de l'héritier, sur le principe de la personnalité des peines. Aux cas de retour de l'absent, de dissolution de communauté et de réconciliation des époux séparés, elle a pour base la sauvegarde de l'intérêt des tiers « gravement compromis par des événements qu'ils ne peuvent prévoir ». Chaine, *La Transcription dans le Projet de Loi sur la Réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre* 1908, thèse, Lyon, 1909, p. 180. Pourrait-on voir là, comme d'ailleurs à propos de la théorie de l'héritier apparent, une application de la « *notion d'imprévisibilité* » qui a

dure, pendant lequel bien des abus sont à craindre que l'on pourrait ainsi éviter.

Quelques-unes de ces causes opèrent *de plano,* telles la survenance d'enfants et certaines conditions résolutoires peu fréquentes. En fait, l'intervention de la justice est presque toujours nécessaire, aussi la publicité des jugements prononçant la nullité, la résolution ou la rescision d'un acte transcrit a-t-elle été prévue par la loi, ce qui permet au tiers de connaître à la fois l'extinction du droit et le propriétaire reconnu [1].

Cette sage disposition, toute de symétrie et de continuité, demanderait à être étendue aux retours en vertu des causes opérant en dehors de toute intervention judiciaire et aux résolutions amiables.

La publicité des causes d'éviction se rattacherait donc à trois ordres de faits dans des temps différents : la naissance de la cause, la mise en mouvement de l'action, la décision judiciaire ou amiable intervenue, qui correspondent parfaitement au cycle qu'elles sont normalement appelées à parcourir.

En somme, aucun acte, aucun fait susceptibles de transmettre ou de modifier le droit réel ne doit passer inaperçu. La règle de généralité les englobe au même titre.

On ne peut davantage exonérer de la publicité tel mode d'acquisition ou telle cause d'éviction, à moins d'y être contraint, que créer certaines dispenses à base qualitative, fondées par exemple sur la modicité des valeurs transmises ou le caractère particulier du droit. La règle de généralité est une ; dès que, de près ou de loin, l'immeuble est en jeu, son application devient automatique [2].

pénétré dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et que la Cour de Cassation s'est refusée à admettre en matière contractuelle ? Sur cette importante question toute d'actualité, V. l'intéressant ouvrage de J. MAGNAN DE BORNIER, *Essai sur la théorie de l'imprévision,* thèse, Montpellier, 1924.

1 *Cf.* art. 4, Loi du 23 mars 1855.

2 V. le précédent créé par la Loi du 23 mars 1855, art. 2, n^{os} 4 et 5, en matière de baux, quittances et cessions de loyers.

Nous sommes d'autant plus convaincu de la vérité de cette affirmation

2° *Nécessité.* — Ce premier principe de généralité, exclusif de toute entorse légale, ne supporte point un démembrement même volontaire. Il exige en conséquence une sanction opérante s'opposant rigidement à toute tentative de rébellion et la réprimant sévèrement. C'est ce que n'a point admis le législateur du siècle dernier qui, méconnaissant le principe de nécessité, a donné le jour à une véritable *lex imperfecta.*

A l'exception des jugements de nullité ou de résolution dont la mention en marge constitue pour les avoués un devoir de charge toujours accompli, la transcription reste entière-

que, dans le silence de la Loi, la Jurisprudence n'a pas hésité, très récemment encore — Cour de Montpellier, 23 octobre 1922, *Gaz. Pal.,* 9 décembre 1922 — à proclamer que la cession du droit d'extraction n'est pas opposable aux tiers qui possèdent sur l'immeuble des droits réels et qui les ont conservés conformément aux lois.

Malgré les divergences d'interprétation suscitées par cet arrêt, les représentants les plus autorisés de la Doctrine qui se sont consacrés à l'étude de cette question sont d'accord sur la nécessité d'étendre la publicité même aux transmissions de « meubles par anticipation ». V. dans ce sens et à propos de la décision rendue par la Cour de Montpellier, les commentaires convaincants de nos anciens maîtres, M. Emile Becqué, dans *Moniteur Judiciaire du Midi,* Montpellier, novembre 1922: « ...la publicité des ventes de meubles par anticipation, qu'on accepte ou qu'on rejette leur effet translatif, permettrait seule de supprimer ces inconvénients pratiques; la priorité de transcription déciderait entre les deux acheteurs »; et M. Henri Moreau, dans *Recueil civil et notarial des Juris-Classeurs,* Paris, février 1923: « ...qu'il eût mieux valu que la loi de 1855 eût étendu ses prescriptions aux concessions minières comme aux baux de longue durée, je ne le nie pas, qu'il soit à désirer que cette lacune se comble législativement, j'en suis d'accord ».

Ainsi, l'extension de la publicité aux meubles par anticipation est à souhaiter. V. Roche-Agussol, De l'organisation de la publicité mobilière, *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1912, p. 152: « Un mouvement de plus en plus marqué se dessine dans notre législation en vue d'accroître, par l'organisation d'une publicité protectrice, l'énergie de certains droits mobiliers et la sécurité des conventions dont ces droits peuvent faire l'objet ».

Et nous sommes étonné que dans sa note parue dans la *Revue trimestrielle de Droit civil,* Paris, Sirey, 1923, janvier-mars, p. 182, n° 5, relative à l'arrêt de la Cour de Montpellier, M. Solus n'ait pas envisagé cette question de l'extension de la publicité, absolument indépendante de sa propre position concernant la solution donnée à ce cas d'espèce.

Nous relevons en dernière heure, nous bornant à la signaler, une note de M. Ripert sous Montpellier, 23 octobre 1922 (D. 1923. 2. 97).

ment facultative [1]. La soumission à la publicité est abandonnée à la discrétion des parties qui, par ignorance de ses effets ou bien par esprit mal fondé d'économie, se dispensent trop souvent de soumettre l'acte à la formalité [2].

Les déplorables conséquences de ces omissions sont flagrantes. Faussant notre organisation terrienne, elles préjudicient à l'intérêt public, si subtil en présence des intérêts particuliers! Intérêts bien mal compris ou méconnus, car pratiquement, conserver au titre d'acquisition son caractère clandestin, c'est s'exposer à payer des impôts pour autrui, se réserver pour l'avenir des difficultés, des empêchements même au cas de revente, de constitution de gage et, paradoxe aussi curieux que fréquent, faire innocemment crédit de l'entière valeur vénale de l'immeuble à un aliénateur auquel on refuserait par ailleurs un prêt de la plus légère importance [3].

Ce danger que court l'acquéreur d'être primé par l'ayant cause d'un quelconque de ses auteurs est un vice irrémissible découlant de cette erreur législative profonde: le caractère facultatif de la transcription.

1 *Cf.* art. 4, al. 2, Loi du 23 mars 1855.

En Droit, la formalité n'est rigoureusement obligatoire qu'en matière de purge — Obligation de transcrire le contrat d'acquisition et les titres des propriétaires antérieurs non encore transcrits. V. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, t. II, p. 989 et 990 — et, en fait, lorsque la mutation consiste dans l'apport d'un immeuble en société — Art. 8, loi des finances du 15 juillet 1911.

Au sujet de l'accomplissement régulier de la formalité par les avoués, V. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 970. « Il convient d'ailleurs d'ajouter que, depuis la promulgation de la loi de 1855, grâce à l'exactitude des avoués, la sanction de l'article 4 ne paraît pas avoir jamais eu à s'appliquer ».

2 V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 127. « Le rapport numérique des transcriptions aux ventes enregistrées, qui était en 1841 de 22 pour 100, atteint aujourd'hui 74 pour 100 » et, note 2, *loc. cit.*, « la proportion serait sensiblement plus faible, si l'on tenait compte des ventes sous seings privés non enregistrées ».

3 Hypothèse de revente de l'immeuble ou de constitution de charges foncières et de droits réels.

Peut-on admettre en effet que le mobile essentiellement documentaire poursuivi à l'origine ait été annihilé non seulement par les lacunes légales dont le procès a été fait, mais encore par des omissions volontaires? Comment concevoir que le législateur, à défaut d'une sanction efficace, ait ouvert grande la porte à une clandestinité plus dangereuse que celle qu'il prétendait réprimer par ailleurs, puisque, partant d'un point de vue simpliste certes, mais rationnel, l'acquéreur peut aussi bien se croire à couvert par le fait de l'accomplissement de la seule formalité qui lui incombe, la transcription? Acceptera-t-on de nos jours qu'une disposition intéressant au plus haut degré l'ordre public ne revête pas un caractère impératif obligeant les acquéreurs, même dans leur propre intérêt et par-dessus tout dans celui des tiers, leurs ayants cause futurs, à se soumettre sans tempérament à la publicité? Le crédit doit-il, de ce fait, rester limité et la circulation normale des biens compromise?

A défaut de force persuasive ou coercitive suffisante, la sanction d'opposabilité, pourtant indispensable puisqu'elle procure à la transcription l'effet juridique qui est sa raison d'être première, doit être complétée par un moyen approprié susceptible de rendre la formalité non plus facultative mais nécessairement obligatoire.

3° *Simplicité.* — La loi sur la transcription avait adopté un système de tenue des registres par noms de personnes dont le caractère défectueux et la forme irrationnelle ont été maintes fois signalés [1].

Elle imposait en outre aux conservateurs la copie intégrale du titre, procédé d'accomplissement de la formalité d'où découle le terme de « transcription ». Il en résultait des lenteurs, des atermoiements dans l'accomplissement de la formalité [2]. Les légitimes protestations qui de toute part

1 Comp. tous les ouvrages critiques cités.

2 Ces retards ont atteint et même dépassé trois trimestres pendant les périodes troublées que nous venons de traverser.

se sont élevées ont conduit le législateur à amender cette organisation en déchargeant les conservateurs d'un travail matériel aussi lourd qu'inutile [1].

Cette amélioration est encore insuffisante. Les pièces déposées n'ont subi aucun retranchement et bien des longueurs, des obscurités occupent une trop grande place [2].

Enfin, les conservateurs ne communiquent pas les registres, même officieusement, aux simples particuliers; ils délivrent des « certificats de non-transcription » ou des « états de transcription » et, sauf le cas exceptionnel où la remise d'un état succinct est par eux consentie, ces états relatent l'entière teneur des actes parfois nombreux que l'on veut connaître [3]. Cela entraîne à nouveau des retards, occasionne des frais, ne permet pas au public de discerner, dans le bloc compact de copies où rien n'émerge que l'absence de blancs et d'alinéas, les renseignements utiles des superfluités.

Éviter ces lenteurs, réduire les frais, obtenir la clarté des registres et des états délivrés, telle est la voie à suivre si, à défaut du livre foncier, on veut moderniser un mécanisme par trop désuet.

On est allé jusqu'à critiquer la passivité des conservateurs dont notre organisme n'a fait que des scribes, des agents de renseignements et de nos jours des classeurs.

1 *Cf.* Loi du 24 juillet 1921, art. 1er. Les parties déposent désormais à la conservation des hypothèques deux originaux de l'acte à transcrire, ou mieux, à insérer, à classer; les notaires, deux bordereaux reproduisant in extenso le titre notarié.

Un des exemplaires est rendu au déposant, revêtu de la mention de transcription et d'inscription d'office s'il y a lieu, l'autre reste à la conservation pour y être déposé aux archives.

2 En dehors des opérations contractuelles courantes, y a-t-il intérêt à transcrire en entier un contrat de mariage contenant une donation immobilière, un jugement ou une transaction terminant une contestation par la transmission d'un immeuble, un partage ou une liquidation? — Voyez sur ce dernier point notre note 1, p. 89.

3 *Cf.* art. 2196 C. civ. Exceptionnellement le conservateur peut délivrer un état succinct. V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 171, note 2.

Il est à noter d'ailleurs, que la réquisition d'états est une opération que l'immense majorité des contractants est incapable d'effectuer.

Dans une publicité où prédomine le caractère documentaire, où l'accomplissement matériel de la formalité ne purge pas les vices des précédentes transmissions et ne confère qu'un simple droit de priorité, cette conception légale est parfaitement saine. On ne peut songer à faire jouer au conservateur, dans le transfert ou dans sa vérification, un rôle actif d'où découlerait une profonde responsabilité, si l'on ne doit pas exploiter jusque dans ses fins, c'est-à-dire jusqu'à la foi publique, cette immixtion officielle, encore qu'il ne soit pas nécessaire d'en arriver là pour instaurer la force probante ou mieux l'opposabilité absolue [1].

[1] Si l'on acceptait un jour ce principe, il serait plus pratique de réduire le rôle du conservateur, que d'aucuns ont considéré comme capital, à un contrôle portant uniquement sur l'identité de l'immeuble et la correspondance continue des transmissions.

Le conservateur d'un arrondissement ne peut avoir le temps et les moyens de vérifier tous les éléments de la transmission immobilière comparables à ceux d'un officier public, spécialiste directement intéressé à bien des titres à la perfection du contrat et n'instrumentant que dans un ressort le plus souvent restreint ou limité.

On peut même ajouter que cela serait prudent en raison des dangers d'une intervention qui, dénaturée et déformée, permettrait peut-être de tirer parti d'une consécration de l'Etat au point d'invoquer en sa faveur un domaine éminent et d'en déduire des conséquences allant exactement à l'encontre du but poursuivi, la consolidation immobilière, qui ne doit point servir de prétexte à la spoliation.

La propriété a de nos jours assez de détracteurs systématiques, aux attaques desquels elle ne doit en aucune façon non seulement prêter le flanc — et c'est dans ce but que s'est réuni à Paris, dans le courant de l'année 1923, le *Congrès International de la Propriété Immobilière,* — mais encore offrir une arme quelconque, serait-elle, comme nous en convenons, même d'apparence inoffensive.

Cette note était rédigée lorsque nous a été communiqué le travail de M. Georges Romieu, *La Propriété, Ses rapports avec l'Etat, la Société et l'individu,* thèse, Montpellier, 1923.

M. Romieu préconise une intervention de l'Etat pour lutter contre « l'abstention à la production » émanant de ceux qui « ne veulent pas ou ne savent pas produire ». — Dans ce dernier cas d'ailleurs, il n'y a nullement abstention, mais seulement insuffisance. — Malgré cette formule critiquable, nous sommes jusqu'ici d'accord dans le principe. Mais, nous nous séparons entièrement de cette thèse, lorsque pour justifier cette immixtion, M. Romieu propose de reconnaître à l'Etat — pour nous, conférer et non reconnaître, — un droit supérieur de propriété.

En définitive, l'application tripartite des précédentes règles organiques doit être rigoureusement observée si l'on veut prémunir utilement les tiers et leur éviter de véritables cascades d'annulations ou de résolutions; supprimer ces solutions de continuité qui rompent la chaîne des transmissions et rendent impossible ou très laborieux l'établissement de la

En effet, l'exercice de ce droit de propriété considéré dans sa portée — en négligeant la question pourtant importante de son étendue, de son assiette — ne peut avoir pour limite que l'Ordre, que l'Intérêt publics, l'Utilité Publique. Or, à quoi bon faire appel à un principe de domanialité superposée à celle de l'individu pour justifier d'une intervention si elle est jugée nécessaire? On n'a jamais été contraint d'invoquer un droit de super-propriété pour adopter et mettre à exécution bien des lois qui ont porté directement de graves atteintes au droit de propriété privée! On a fait appel à la notion d'Ordre, d'Intérêts publics, d'Utilité Publique. Cela n'a-t-il pas suffi et cela ne suffirait-il pas?

Et l'on voit immédiatement la confusion commise par M. Romieu de deux idées différentes, malgré les rapports qui, en fait, les unissent souvent: l'idée de propriété et l'idée d'autorité fondée sur les précédentes notions.

Enfin, pour appuyer son argumentation de l'appoint du Droit étranger, M. Romieu cite l'exemple de certains états balkaniques — la Grèce et la Roumanie — et d'un état américain, plus connu encore que les précédents par son histoire révolutionnaire périodique, le Mexique.

L'exemple de ces législations n'est pas très heureux en raison de leur petit nombre, de leur importance accessoire et de leur instabilité; mais ce qui est plus frappant, c'est que la justification de ces manifestations anti-abstentionnistes est entièrement différente de celle que tente de présenter M. Romieu pour légitimer l'intervention de l'Etat.

On lit en effet dans le décret du Président de la République du Mexique: « Sera considéré comme expropriation d'utilité publique »; dans l'extrait de la Réforme agraire roumaine publié par le *Temps*, 30 juin 1922: « pour cause d'utilité nationale ». *Op. cit.*, p. 243 et ss. Il n'est pas question d'un droit de propriété de l'Etat et cela paraît bien abonder dans notre sens: le fondement d'Utilité Publique justifierait surabondamment toute mesure utile.

A quoi bon, en effet, suggérer un précédent sur lequel s'appuieraient les ennemis déclarés du droit de propriété privée avec d'autant plus d'autorité qu'ils trouveraient dans notre Droit l'aveu d'un domaine éminent, la condamnation même de nos institutions patrimoniales et surtout, les assises d'une expropriation ou d'un renversement des rôles? Pourquoi s'obstiner à modifier des formules juridiques alors qu'elles ont fait leurs preuves et n'ont nul besoin d'être suppléées. Que l'on y prenne garde, certains départs ont le mérite de s'appuyer sur les faits, mais les conclusions, le défaut de verser ou d'abonder parfois dans l'idéalisme.

généalogie de l'immeuble, seul procédé consolidateur du droit immobilier que consacre la prescription; donner enfin une idée exacte et claire de la valeur et de l'étendue de ce droit [1].

II. PALLIATIFS. — Sollicitées par l'urgence de ce besoin social: la sécurité, la pratique notariale et la jurisprudence ont suppléé, dans la mesure extrême de leurs moyens, aux défaillances législatives les plus graves.

1° *Etablissements de propriété* [2]. — A moins de conférer au fait pur et simple de la possession des vertus inconciliables avec notre essor économique et notre degré de civilisation et, à défaut de foi publique due aux registres, la preuve du droit de propriété serait impossible à effectuer si l'on devait remonter indéfiniment la filière des droits transmis — *probatio diabolica* —, la validité de chaque transmission étant subordonnée à la validité de toutes celles qui l'ont précédée.

Le Code a donc limité à un certain nombre d'années cette irréalisable reconstitution probatoire en faisant intervenir la théorie de la prescription acquisitive. Lorsque dans un laps de temps déterminé les transmissions ont été valablement effectuées, le droit de propriété acquiert une certitude qui lui

1 Cet examen appelé à éclairer notre tentative de construction tend, en outre, à confirmer les règles organiques précédemment dégagées. La justification de nos directives générales, dont nous n'avons donné jusqu'ici qu'une simple ébauche, sera envisagée dans notre étude immédiate des palliatifs et complétée tant par nos développements du Chapitre II que par les observations et les constatations contenues en les chapitres suivants.

2 Nous emploierons de préférence cette terminologie plus précise que l'expression couramment employée: « origines de propriété ».

Il est inutile de s'appesantir ici sur l'importance pratique des établissements de propriété, dont les applications sont si nombreuses dans les systèmes personnels d'opposabilité relative exigeant la révélation et la vérification de l'état historique et juridique de l'immeuble ainsi obtenus synthétiquement.

ferait entièrement défaut si l'on pouvait revendiquer indéfiniment.

Mais cette justification rétrospective exige une énumération et une analyse de tous les transferts opérés dans la période prévue; c'est toute une reconstitution de l'histoire la plus récente de l'immeuble qui doit être effectuée. Elle serait facilement établie si les mutations étaient généralement et nécessairement publiées; mais les cas sont assez rares où l'on peut reconstituer cette ascendance sur les seules données des registres.

Fort heureusement les notaires suppléent aux omissions volontaires ou légales par les indications que leur fournissent les minutes conservées en leurs études ou la production par les intéressés des « papiers » relatifs aux précédentes transmissions. Ils forgent ainsi, non sans difficulté parfois, les maillons absents de la chaîne des transmissions, en insérant dans leurs actes ces établissements de propriété qui, suppléant aux lacunes de nos registres, établissent la filiation immobilière d'où découle en majeure partie la sécurité présente et, pour l'avenir, la preuve du droit de propriété qu'exigent toujours, sinon tous les acquéreurs, du moins les prêteurs particuliers et les sociétés de crédit même les moins sévères [1].

2° *Théorie de l'héritier apparent.* — La jurisprudence elle-même a dû intervenir pour rendre moins équivoque et moins dangereuse la situation de certains tiers.

Lorsqu'un particulier a acquis entre vifs, il possède généralement un titre qui lui permet de fournir à son ayant cause éventuel, pour peu que ce titre ait été régulièrement dressé et transcrit, la preuve relative de son droit de propriété. Au contraire, quand il s'agit d'une hérédité ou d'un legs, cette même preuve n'est pas toujours rapportable ou n'a qu'une

1 Comp. Gide, *Bulletin de la Société de législation comparée*, avril 1886, p. 323, « Chez nous les notaires sont la cheville ouvrière de tout le système ».

valeur restreinte et variable. Un doute en résulte qui peut troubler l'opération immobilière et nuire aux successibles; un événement peut se produire, lésant les intérêts pourtant respectables des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires, la survenance de l'héritier ou du légataire véritables [1].

Cette impossibilité à laquelle se heurtent les tiers de s'assurer d'une façon parfaite de l'intégrité du droit successoral a provoqué des évictions d'une fréquence, d'une gravité, d'une injustice telles, que les tribunaux ont dû intervenir d'une façon prétorienne. En présence d'une pénurie probatoire mettant les tiers à la merci d'un événement imprévisible, ils ont sacrifié le droit réel de l'héritier ou du légataire légitime à celui du tiers de bonne foi, ayant cause d'un héritier apparent.

Ces palliatifs notariaux et judiciaires poursuivant la consolidation immobilière font apparaître sous un jour nouveau l'imperfection d'une loi obligée de s'appuyer entièrement sur des procédés empiriques pour remédier aux insuffisances et combler les lacunes; ils mettent enfin en évidence l'intérêt que présente ce fait: la preuve du droit de propriété, un droit acquérant une transmissibilité d'autant plus grande que l'administration de sa preuve est plus certaine et plus rapide.

Ces caractères de plénitude et de célérité de la preuve, poussés au plus haut degré dans les systèmes d'opposabilité absolue militent puissamment en faveur de ces derniers.

[1] Cette jurisprudence, consacrée par une longue série d'arrêts, dont certains sont antérieurs à la loi du 23 mars 1855 — Cass., 16 janvier 1843, S. 43-I-97 —, est renouvelée de la jurisprudence des anciens Parlements. Après avoir connu des adversaires pour la condamner en l'absence de textes positifs la justifiant, elle est de nos jours généralement admise. Seule la recherche d'un fondement juridique précis préoccupe encore l'esprit des théoriciens du droit.

V. Loniewski, *Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit Jus »*, thèse, Aix, 1905, et l'étude fort attachante, *A propos de la maxime Error communis facit Jus,* par Gaston Morin, dans les *Annales des facultés de Droit et des Lettres d'Aix,* t. II, n° 1, avril-juin 1906.

Traditionnellement entendue dans les rapports des parties entre elles, la preuve est appelée à jouer un rôle de plus en plus important dans leurs rapports avec les tiers. L'interventionnisme se substitue lentement au libéralisme juridique [1].

[1] Les objections théoriques que l'on peut opposer à la généralisation de procédés entièrement probatoires ne résistent pas à l'épreuve des constatations de fait et s'il est des obstacles à l'admission d'une publicité à caractère d'opposabilité absolue, ce n'est point dans les critiques exercées contre le principe de force probante, dépouillé de tout élément d'investiture, qu'il faut prendre pour prétexte de les découvrir. V. les commentaires de MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers,* thèse, Grenoble, 1896, p. 235 et ss.

La force probante, a-t-on dit, est une institution superflue étant donné le nombre restreint des évictions. Mais, si les évictions sont si rares, ce qui d'ailleurs est inexact, — voyez p. 27, n. 1, *in fine,* — toute tentative d'amélioration ou de réforme ne présente ni l'urgence, ni la nécessité qu'on lui attribue!

On a fait aussi grand bruit de l'atteinte que ce principe, « opposé au génie de notre Droit », porterait à la théorie de la liberté des conventions. Or, nous savons combien l'application du libéralisme est et tend de plus en plus à devenir une abstraction pure.

Enfin, on a opposé au principe de force probante l'axiome très connu des jurisconsultes, suivant lequel « nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même ». V. dans Gaston MORIN, *A propos de la maxime Error communis facit Jus, Annales des facultés de Droit et des lettres d'Aix,* t. II, n° 1, avril-juin 1906, une fort judicieuse analyse de la valeur juridique de ce brocard, p. 24, *in fine.*

On n'ignore point cependant que les axiomes juridiques sont de simples désiderata ne présentant pas la rigidité des vérités mathématiques. En effet, notre Droit et notre Jurisprudence ont déjà mis ce principe, dans un intérêt supérieur, à une telle épreuve que la révélation d'intérêts identiques enlève toute valeur à cette objection.

Sans revenir sur la création jurisprudentielle de la théorie de l'héritier apparent, on trouve dans la Loi immobilière deux cas flagrants d'entorse sensible à la règle *nemo plus juris...* où la déchéance est prononcée des droits du *verus dominus* en conflit avec ceux de tiers acquéreurs. Le donateur ne peut plus invoquer la révocation de la libéralité pour cause d'ingratitude du donataire quand l'immeuble est sorti du patrimoine de ce dernier; enfin, le second acquéreur qui a conservé son droit est préféré au premier ayant cause, pourtant propriétaire véritable dans la pureté des principes, qui n'a point soumis son titre à la formalité ou n'a pas transcrit en temps utile. *Cf.* art. 958, C. civ.; art. 3, loi 23 mars 1855. — V., en outre, art. 2279, C. civ. et art. 717, al. 2 et 3, C. pr. civ.

Quant à dire que le principe de force probante, de foi publique implique nécessairement une consécration de l'Etat, c'est un argument qui ne peut

§ 5. *Aperçu des tentatives de réforme et d'amélioration; leur orientation nouvelle: l'Authenticité.*

La supériorité d'une publicité reposant sur le sol lui-même et fondée sur la foi due au registre foncier a semblé devoir conduire la publicité au terme de son évolution. Conciliant heureusement les règles et les directives ci-dessus établies, elle procure aux mouvements fonciers les plus complètes garanties de stabilité.

Toutes les préférences doivent aller, au moins théoriquement, à ce régime de « *publicité sans réserve* ». Il permet d'individualiser l'immeuble par une désignation précise de sa nature et de son état physique et de révéler, en les concrétisant, toutes les tares juridiques qui l'affectent. Il consacre enfin la légitimité et la consistance du droit des propriétaires inscrits grâce à l'intervention première d'un officier public dans la rédaction du titre ou la certification de la transmission, intervention doublée parfois d'un examen préalable des demandes d'inscription par un fonctionnaire spécial [1].

être pris en considération, surtout si, comme nous le verrons, ces principes reposent non point sur la Légalité, mais sur la Légitimation des transmissions. Ce n'est pas, en effet, la relation d'une mutation sur un registre public qui peut donner à la transmission même un embryon d'investiture.

Il n'est venu à l'esprit de personne de reconnaître à l'Etat un domaine éminent sur les navires soumis à la formalité de la Francisation et le droit de réquisition même est indépendant de cette formalité

Enfin, pour nous en tenir à cette dernière considération, lorsque le titulaire d'une rente nominative est inscrit sur le livre de la Dette Publique, considère-t-on l'Etat comme le propriétaire éminent du capital et de la rente ou comme un simple débiteur? C'est pourtant la seule inscription sur le Grand Livre qui confère le droit de propriété même entre les parties — Etat et particuliers — et on n'a jamais confondu ces deux sujets, l'un passif, l'autre actif d'un droit, sauf à le méconnaître purement et simplement. *Conf.* Attitude du gouvernement russe actuel vis-à-vis de la Dette Extérieure de l'Etat prébolcheviste et les exemples de l'Histoire.

[1] Cette vérification, canal obligé de la force probante, n'a nul besoin de découler du principe de Légalité impliquant l'examen unique ou complémentaire des demandes d'inscription par un membre de l'ordre judiciaire, comme cela se produit en Allemagne. La Législation immobilière suisse nous en donne un exemple éclatant. V. p. 108.

Ces qualités d'un régime de réalité et d'opposabilité absolue captèrent à la fin du siècle dernier l'esprit des jurisconsultes. Sous la poussée des faits et des idées, sollicités par l'exemple des législations étrangères et les vœux répétés de nombreux congrès, les pouvoirs publics acceptèrent le principe d'une réforme.

Un décret du 30 mai 1891 créa une « commission extra-parlementaire » chargée d'étudier le renouvellement et la révision du cadastre et d'élaborer un système foncier sur les bases d'une publicité réelle comportant l'immatriculation obligatoire et la force probante absolue.

Mais, tandis que s'édifiait cette œuvre considérable, de nouveaux congrès proclamaient prématurément sa déchéance. C'est que la réfection du cadastre, clé de voûte du livre foncier, se heurtait à un empêchement immédiat, la durée et l'excessive cherté des travaux [1]. Au surplus, cette situation, pratiquement peu favorable à l'accès du livre foncier, se compliquait d'un obstacle sérieux : le morcellement de notre propriété immobilière accru par le principe égalitaire qui domine notre régime successoral [2].

[1] L'état actuel de notre cadastre, que l'on a coutume de qualifier de « lamentable », compromet d'autant plus la réforme. Enfin, notre situation financière obérée et les charges du même ordre qui, injustement, nous incombent ne permettent pas d'entrevoir l'avènement immédiat du Livre Foncier. « Ce n'est pas seulement pour faire une bonne politique, mais aussi pour obtenir une bonne législation civile, que de bonnes finances sont indispensables ». COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, Dalloz, 1919, t. I, p. 978.

[2] « Il y a là une cause de perturbation rendant très difficile l'établissement d'une publicité réelle à l'instar de celle qui fonctionne — non sans difficulté, paraît-il — en Allemagne. » COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, Dalloz, 1919, t. I, p. 978.

C'est là surtout ce qui nous rend pessimiste. Nous ne pouvons que souligner l'importance de cette objection qui, méritant plus que des commentaires, nécessite un travail sérieux d'enquêtes et de statistiques, plutôt du ressort des économistes, et auquel nous n'avons pu nous livrer.

V. en outre, les inconvénients possibles du Registre Foncier, dans « une période de troubles ou de guerre étrangère », dus à la nécessité d'une « tenue parfaite... nécessitant une surveillance très attentive, une conservation méticuleuse, une mise à jour rigoureusement précise », *in* BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918, p. 42, n° 143.

Ces considérations, ajoutées à la crainte de porter le trouble dans nos institutions et dans nos habitudes, l'emportèrent rapidement [1].

Les propositions et les projets de réforme en faveur de la seule amélioration du système français se succédèrent alors sans interruption. Enfin, le 23 décembre 1908, un contre-projet précédemment voté par le Sénat, fut présenté à la Chambre où il fit l'objet d'un rapport volumineux déposé le 19 janvier 1909 [2].

1 On pourrait avoir une tendance à rendre le Notariat responsable de l'échec du Livre Foncier en 1892. C'est cependant avec une considérable majorité, formée de l'unanimité des agents de l'administration et du plus grand nombre des délégués professionnels, majorité dans laquelle les notaires ne rentraient que pour partie, que des résolutions hostiles ont été prises.

La vérité est que les esprits n'étaient généralement pas prêts à admettre spontanément le principe d'une telle réforme et que certains de ses protagonistes, par trop novateurs, allaient jusqu'à une imitation « malheureuse » de la loi australienne, effrayant ainsi les membres du Congrès. Il suffit pour s'en convaincre de lire les pages que M. MAGNIN consacre à cette question dans la conclusion de sa remarquable thèse, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers,* Grenoble, 1896, p. 468 et ss. V. enfin, CHAINE, *La Transcription dans le Projet de loi sur la réforme hypothécaire, voté au Sénat le 3 décembre* 1908, thèse Dijon, 1909, p. 44 et ss. « Personne ne désire plus que les praticiens la publicité réelle et complète ».

2 V. 1° COMMISSION EXTRA-PARLEMENTAIRE DU CADASTRE, *Procès-verbaux,* Paris, Imp. nat., 1892, fascicule II, p. 562.

2° DUPUY-DUTEMPS, BRISSON, Georges LEYGUES, *Proposition de loi portant modification du régime de publicité en matière de transmissions immobilières, de privilèges et d'hypothèque,* Chambre, S. O., 1894, Annexe n° 344, p. 114.

3° COMITÉ DES NOTAIRES, dans *Circulaires trimestrielles du Comité des Notaires de départements,* t. XI, p. 693, circulaire n° 225, 5 décembre 1894.

4° THÉZARD, *Proposition de loi relative à la publicité des actes intéressant la propriété immobilière,* Sénat, S. O., 1895, annexe n° 8, p. 411.

5° DARLAN, *Projet de loi sur la réforme hypothécaire,* Sénat, S. E., 1896, annexe n° 2, p. 332.

6° THÉZARD, *Contre-Projet,* Sénat, S. O., 1904, annexe n° 3, p. 282.

7° CHASTENET, *Proposition de loi sur la sécurité du titre foncier,* Chambre, S. E., 1906, annexe n° 394, p. 83.

8° GIRARD, *Rapport sur le contre-projet Thézard,* Sénat, S. O., 1907, annexe n° 158, p. 123.

Depuis cette époque, le travail législatif a été interrompu; mais deux propositions récentes ont actualisé à nouveau le problème de la publicité [1].

En dehors des critiques de principe qu'ils suggèrent et des multiples défectuosités qu'ils présentent, le projet Darlan et le contre-projet Thézard ont le défaut capital de conserver à l'acte sous seing privé la place que lui réserve trop généreusement la loi de 1855.

L'acte privé, ce point faible de notre transcription, porte dans ses flancs le germe de l'insécurité. Son admission pure et simple à la formalité est destructive de l'idée même de publicité.

Quelle sanction lui appliquer? Le principe de liberté qui le régit le rend éminemment insaisissable. Comment alléger la formalité? Ce même principe de liberté le voue à l'impéritie ou à la fantaisie des parties.

Il est sans contredit la pierre d'achoppement de tout le système. Aussi bien l'immense majorité des législations l'ont-elles éliminé; les autres, en nombre restreint, l'ont alourdi de formalités qui consacrent sa disgrâce [2].

9° Viollette, *Rapport sur les projets Darlan, Thézard et la proposition de M. Chastenet,* Chambre, S. O., 1909, annexe n° 2256, p. 36.

1 V. Milan, Loubet, Machet et Vallier, *Proposition de loi tendant à rendre obligatoire la formalité de la transcription.* Sénat, S. O., 1921, Annexe n° 540, p. 878; Richard et Saget, *Proposition de loi relative à la transcription des actes déclaratifs de propriété immobilière et à l'authenticité nécessaire des actes soumis à transcription.* (A défaut de référence exacte au *J. O.*, V. le texte et l'exposé des motifs dans *Journal des notaires et des avocats,* 6, rue de Mézières, Paris, octobre 1921, p. LII.)

Ces louables tentatives sont cependant restreintes, timorées et insuffisantes; elles ne répondent que partiellement aux multiples exigences d'une publicité modernisée.

2 On a repoussé toute tentative d'amélioration de la transcription en invoquant le retard qu'une telle application législative ne manquerait pas de porter à la consécration du Livre Foncier.

Rien ne vient cependant corroborer cette opinion que des affirmations purement gratuites. Il est lumineux, au contraire, qu'un progrès immédiat et considérable est en tous points préférable à l'avènement problématique d'une réforme plus parfaite certes en principe, mais d'une application et

Seule armature convenant à l'amélioration comme à la réforme de notre transcription, il semble que, sous le régime juridique actuel, l'authenticité notariale puisse seule permettre de rétablir l'ordre et l'unité dans notre législation tout en satisfaisant aux besoins généraux.

d'une réalisation douteuses. La sagesse des nations ne présente-t-elle pas cette idée sous de multiples aphorismes?

Quoi qu'il en soit, le juste retour à la France de la terre d'Alsace-Lorraine remettra sous une prochaine législature, cette importante question à l'ordre du jour.

Sans augurer du succès et du dénouement d'une tentative souhaitable d'unification, on peut, d'ores et déjà, déterminer les deux tendances qui présideront aux travaux préparatoires.

Ou bien, malgré les difficultés auxquelles se heurte la réforme, nous généraliserons une publicité réelle probante à l'instar de celle qui fonctionne dans nos provinces recouvrées, mais de préférence à l'image de la Législation suisse paraissant davantage satisfaire à nos traditions et à nos aspirations nationales; ou bien, si cette fusion ou cette adaptation sont encore irréalisables, si le Livre Foncier se heurte à des difficultés matérielles, nous ne pourrons point demander de trop larges concessions à un système dont les Alsaciens-Lorrains se déclarent satisfaits ou exiger même des renoncements abusifs. V. le rapport de Me THOMAS, *notaire à Metz*, dans le *Compte rendu du vingt-huitième Congrès des notaires de France, tenu à Marseille les* 19, 20 *et* 21 *juin* 1922 — Marseille, Samat, 1922, p. 78 et ss.

Dans un esprit de conciliation et de rapprochement les choses devront rester en l'état, sauf en ce qui nous concerne, la rénovation de notre régime immobilier, par trop archaïque, s'imposant.

Ce n'est pas l'adoption des projets précédents qui nous permettra d'obtenir une dualité acceptable de législations emportant le moins de divergences possibles et c'est à l'authenticité, qui d'ailleurs fonctionne dans ces régions, qu'il faudra demander une solution de fond, la forme seule étant susceptible de nous séparer.

Mais déjà le siège est fait. Un projet de loi déposé par le gouvernement le 9 mars 1922, Chambre, S. O., 1922, annexe n° 4038, p. 577, tend à mettre en vigueur la législation française en Alsace-Lorraine et à introduire, en certaines matières où le Droit local paraît supérieur, des dispositions transitoires applicables durant dix années à titre d'expérience.

En ce qui concerne les droits réels immobiliers, le projet du gouvernement porte, à son corps défendant, une très remarquable atteinte au principe de la liberté des conventions. Les rédacteurs n'ayant pas cru devoir renoncer à son application symbolisée par la forme privée, d'ailleurs ignorée de la législation locale en matière immobilière, ont employé un biais, un faux fuyant qui révèle bien l'inconciliabilité absolue de notre Article 1138 avec le principe d'une publicité efficace et le condamne pour l'avenir.

L'article 42 du projet adopte donc un système dit « de conciliation ».

Pour mettre en échec cette innovation, il faudrait que l'emporte de nos jours encore ce culte aveugle professé au sous seing privé qui, cette fois, pourrait bien passer pour du fétichisme.

« Aucune inscription au Livre Foncier ne sera possible que si l'acte créateur ou transmetteur de droits réels a été passé devant un notaire; mais tout acte de ce genre passé sous seing privé produira tous ses effets entre les parties pendant six mois; si dans les six mois il n'a pu être transformé en acte authentique ou s'il n'a pas fait l'objet d'une demande en justice, il sera nul ».

Ainsi, l'accomplissement de la formalité pourra excéder six mois alors qu'il y a tout intérêt à ce qu'elle soit contemporaine de la transmission. Voilà donc un échange de consentements emportant transfert de propriété, aux termes de l'article 1138 du Code civil, qui n'est plus valable que pour une durée de six mois et cela non pas seulement à l'égard des tiers, mais encore entre les parties. L'exigence de la forme revêt donc ici l'aspect d'une condition résolutoire légale! Et que signifie en Droit cette nullité, appelée à frapper pour défaut de forme, dans un délai déterminé, un acte essentiellement valable dans son principe? Certes, « une demande en justice dans le délai de six mois empêchera la nullité de fonctionner, — V. l'Exposé des motifs, Chambre, S. O., 1922, annexe n° 4038, p. 582, 2e colonne, 3e alinéa, — mais, avant que le jugement définitif soit rendu, quel sera l'état de la propriété?

Pour conserver les apparences du consensualisme, on instaure un formalisme prorogé, sans exemple dans notre Législation comme dans les législations étrangères, dont on ne retire même pas les avantages.

A son insu, peut-être, l'analyste du projet dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922, p. 767, n° 123 *in fine*, révèle l'incohérence de ce texte disant en termes hésitants: « Ainsi, l'intermédiaire du notaire devient quasiment obligatoire sans que disparaisse complètement la valeur de l'acte sous seing privé ». Serait-ce là de l'humour ou une réflexion normande?

Suivant une expression triviale mais qui rend parfaitement notre pensée, on ne fait que « reculer pour mieux sauter ».

CHAPITRE DEUXIÈME

DE L'INFÉRIORITÉ ET DES INCONVÉNIENTS DE L'ACTE SOUS SEINGS PRIVÉS DANS LE DOMAINE CONTRACTUEL IMMOBILIER [1]

Les dispositions du Code civil concernant l'acte privé ont fait l'objet de nombreux commentaires où sont analysés et discutés dans le détail les articles afférents à ce mode de la preuve littérale [2]. Mais, il n'est pas un seul de ces ouvrages qui ait franchi les bornes de l'exégèse et fait une incursion,

1 Sa suppression a été demandée par le Crédit Foncier le 13 juillet 1859, quatre ans après l'introduction de la loi sur la Transcription du 23 mars 1855. V. *Circulaires trimestrielles du Comité des Notaires des Départements,* t. IX, p. 556.

2 V. Frezouls, *De l'acte sous seing privé,* thèse, Toulouse, 1870; Louise, *De l'acte sous seing privé,* thèse, Caen, 1830; Pertat, *De l'acte authentique et de l'acte sous seing privé,* thèse, Poitiers, 1882; Rigaud, *Forme des actes notariés et extension des actes solennels,* thèse, Rennes, 1907.

V. cependant Thomas, *De l'origine, de l'évolution et de la conception moderne de l'acte sous signatures privées,* thèse, Rennes, 1920, p. 114, qui prend position aussi nettement que brièvement contre l'authenticité en

même rapide, sur le terrain des applications pratiques de cet acte. Seuls certains auteurs, qui se sont occupés du problème de la publicité des transmissions immobilières, et quelques praticiens, ont brièvement souligné le caractère à la fois défectueux et dangereux du sous seing privé [1].

matière de publicité des transmissions immobilières. Tandis que le notaire, dit-il, doit rédiger une expédition en vue de la formalité, les parties en sont dispensées; elles peuvent soumettre à la Transcription un simple original qui leur est rendu. Mais la loi du 24 juillet 1921 n'a-t-elle pas fait justice de ce prétendu avantage de l'acte privé? Enfin M. Thomas ajoute: « La propriété est déjà suffisamment grevée pour que l'on n'impose pas encore la formalité de l'authenticité aux transmissions immobilières; de plus, ce serait modifier gravement les modes de preuve des contrats, l'acte sous signatures privées constituant la règle générale de la preuve littérale, l'acte authentique en étant l'exception. »

Nous verrons combien l'objection des frais est facilement réfutable; quant aux modifications qui pourraient être portées au système des preuves, pour rester sur l'étroit terrain de la discussion, elles sont justement indispensables comme nous espérons le démontrer après l'avoir fait pressentir.

1 V. le vieil ouvrage de CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des Droits d'Enregistrement,* 2e éd., Paris, Hingray, 1839, p. 20, n° 22; p. 93, n° 100; *Les Documents relatifs au régime hypothécaire,* Paris, Imp. Royale, 1834, *passim,* et l'important article, qui conserve toute son actualité, de Paul PONT, Président du Tribunal de Corbeil, dans *Revue critique de Législation et de Jurisprudence,* Paris, Cotillon, 1854, t. IV, p. 175 et ss.

Comp. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891, p. 65, p. 460 et p. 163. « On ne voit pas pourquoi l'acte le plus important de tous ceux qui intéressent la propriété foncière, le contrat de transfert, échapperait aux prévoyantes restrictions dont la Loi a entouré la simple constitution d'hypothèque. Il y a là une anomalie qu'on expliquera peut-être historiquement, mais dont la condamnation est depuis longtemps prononcée sans appel au nom de la logique et du principe même de publicité. » et LAURENT, *Principes de Droit civil français,* 3e éd., Paris, Marescq, 1878, t. XXIX, p. 145, n° 124, *in fine.* « Si le législateur s'est prononcé en faveur des actes sous seing privé, c'est en grande partie en raison du respect que l'on professe en France pour le Code Napoléon. Nous l'admirons aussi, mais il ne faut pas que l'admiration devienne une idolâtrie qui arrête tout progrès. » V. en outre, AMIAUD, *Traité formulaire du Notariat,* Paris, Administration du Journal des notaires et des avocats, 1919, 6e éd., t. IV, p. 848, n° 26; BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires,* Paris, Dalloz, 1918, p. 91, n° 308 et p. 375, n° 1251; CHAINE, *La Transcription dans le Projet de loi sur la réforme hypothécaire,* thèse, Dijon, 1909, p. 246 et ss., p. 331; DEFRÉNOIS, *Traité pratique et formulaire général du Notariat,*

En l'absence de développements doctrinaux, il a donc paru utile de mettre en évidence l'infériorité et les inconvénients de l'acte sous seing privé, ce point faible de notre transcription; mais avant d'entrer dans le vif des critiques, il n'est pas inutile de constater la façon dont évolue son utilisation.

SECTION I. — DE L'UTILITÉ D'UN ÉCRIT

La rédaction d'un écrit n'exerce, dans notre Droit, aucune influence sur la formation et l'exécution de la convention [1]. Puisque la naissance, le transfert et, corrélativement, l'extinction d'un droit, même réel, sont en principe indépendants de toute forme extérieure, que la confection d'un écrit est, dans ces fins, superflue, il sied de justifier de son utilité par ailleurs.

Paris, 40, rue d'Assas, 1907, 10e éd., t. III, p. 482, n° 7384; JUILLARD, *De la réforme de la Transcription*, thèse, Rennes, 1920, p. 156; MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Grenoble, 1896, p. 66 et ss. « Tous les auteurs s'accordent à mettre en lumière les inconvénients des actes sous seing privé. »; MICHEL, *Des imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Dijon, 1904, p. 209; RIGAUD, *Forme des actes notariés*, thèse, Rennes, 1907, et sa conclusion en faveur de l'extension des actes « solennels », p. 141.

V. enfin, *Dictionnaire du notariat*, 5e éd., Paris, Administration du Journal des notaires et des avocats, 52, rue des Saints-Pères, t. I, p. 404, « Dangers des actes sous seing privé, » n° 77 et ss.; *Circulaires trimestrielles du Comité des notaires des départements, passim.*

Parmi les innombrables exemples pratiques des abus que facilite et que provoque même l'acte sous seing privé, V. dans *Journal des notaires*, 1910, 23 février, p. 125 et ss., l'article de M. MAGUÉRO, « *L'escroquerie à la promesse de vente.* »

[1] Comp. les art. 1138, 1108 et 1583 C. civ. et notre introduction.

C'est sur le plus répandu des contrats immobiliers, le contrat de vente, que porteront nos observations.

Nous aurons l'occasion de citer maintes fois le *Répertoire pratique de Législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1922; la *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, Paris, Marchal et Godde; le *Journal des Notaires et des Avocats*, Paris, 6, rue de Mézières. Nous donnerons leurs références sous la forme suivante: *R. D.*; *R. N.*; *J. N.*

Cette utilité est manifeste : l'acte, l'*instrumentum,* concrétise l'opération juridique abstraite, le *negotium.* Sous cette forme, cet élément de conviction est appelé à servir de bouclier aux parties contractantes dans toutes circonstances offensives ou défensives.

En effet, sans le ferme soutien d'un moyen de preuve, les droits n'auraient qu'une existence instable dans les sociétés humaines où la bonne foi ne peut avoir cours forcé par sa seule vertu ; leur acquisition et leur conservation seraient livrées à la loi de la force ou de la ruse [1].

Cependant, envisager l'écrit, comme on le fait communément, sous le seul aspect de son utilité comme un unique moyen de la preuve privée, n'est-ce pas donner une idée fort incomplète des services qu'il rend, de ceux surtout qu'il est appelé à rendre ?

L'écrit possède non seulement des qualités probatoires internes appelées à se développer et à s'étendre, mais encore il se distingue par des caractères spécifiques externes. Ces propriétés sont largement utilisées dans nos sociétés où le formalisme, sous un aspect rajeuni, occupe une large place et tend, par son intervention, à exploiter, à l'égard des tiers, les divers éléments initiaux que renferme cet écrit, ce qui entraîne l'exigence de qualités premières de plus en plus sérieuses.

Or, notre droit accorde à l'acte privé, à l'ancien *chirographe,* un rôle de premier plan en matière de transfert de la propriété immobilière. Cette tolérance ne paraît plus de nos jours justifiable. L'infériorité intrinsèque et les inconvénients

[1] La preuve par témoins, la preuve même par aveu, autrefois fort répandues, conservent de vieilles racines tenaces et profondes dans notre Droit contractuel moderne.

Mais l'étendue et la complexité des rapports sociaux ne permettent plus de conférer à ces modes de preuve les prérogatives qui leur furent concédées, à défaut d'autres moyens, dans les législations anciennes.

De nos jours, la pratique est fort répandue de rédiger un écrit, une preuve préconstituée, au sujet de toute opération même de peu d'importance et cette précaution est prédominante surtout quand il s'agit de biens immobiliers.

extrinsèques de cet acte, entièrement inconciliables avec nos directives, son incompatibilité avec nos règles organiques, les difficultés enfin auxquelles se heurtent tous procédés d'amendement en vue de sa conservation, le condamnent et semblent devoir le bannir.

SECTION II. — INFÉRIORITÉS INTRINSÈQUES

Le Code civil présente deux modes de rédaction de l'écrit: l'acte sous seing privé et l'acte authentique notarié, prolongement et aboutissement moderne du formalisme littéral [1]. Leur rapprochement fait ressortir l'infériorité de l'acte privé dans la forme et dans le fond.

§ 1. *La Forme*

Les parties ont en principe toute liberté dans le choix de l'*instrumentum* [2]. Lorsque ce choix se porte sur l'acte privé, ce dernier jouit d'extrêmes facilités de forme [3].

1 Il faudrait opposer à l'acte privé « dressé par les parties sous leur seule signature », l'acte public émanant « d'une autorité ou d'un officier public ayant qualité pour le dresser » et englobant les actes administratifs, les actes judiciaires, les actes extra-judiciaires, dressés par un officier public en dehors d'une instance, et les actes authentiques proprement dits ou actes notariés.

Mais l'acte notarié présente une importance telle que nous négligerons de parler de tous autres actes publics pour éviter un parallèle sans intérêt, cette catégorie d'actes n'intervenant que rarement dans les transactions foncières et présentant des qualités générales sensiblement égales à celles qu'offre l'acte notarié.

2 Cependant, en raison de leur importance, certains contrats pécuniaires doivent revêtir la forme notariée. Ce sont: le contrat de mariage, art. 1394 C. civ.; la donation et son acceptation par acte postérieur, art. 931 et 932 C. civ.; la constitution d'hypothèque et la mainlevée d'hypothèque, art. 2127 et 2128 C. civ.; la subrogation dans l'hypothèque de la femme mariée, L. 23 mars 1855, art. 9 et L. 13 février 1889, art. 1er; la subrogation dans les droits d'un créancier quand elle est consentie par un débiteur, art. 1250, 2°, C. civ.

3 Liberté dans la qualité et le format du papier; liberté de l'expression conventionnelle ou étrangère; liberté dans le mode de rédaction — écri-

Le Code n'accorde pas textuellement ces libertés, mais il les consacre implicitement en édictant seulement certaines formalités, exceptionnelles en apparence car elles sont imposées dans les conventions synallagmatiques de beaucoup les plus nombreuses et les plus importantes : la pluralité des titres et la relation de leur nombre ou mention de pluralité [1].

Bien que l'on puisse concevoir difficilement un écrit privé de ce cachet d'origine, la signature, d'où découlera en partie sa valeur probatoire, et que l'on imagine peu aisément un acte dépourvu de sa date, laquelle est seule susceptible de déterminer l'antériorité des titres, ces formes ne sont pas imposées par un texte, elles découlent seulement de tout un système qui, sans les édicter, souligne leur importance [2].

En fait, signatures et date sont indispensables pour donner à l'acte un statut sinon parfait du moins perfectible. Le défaut de signatures lui enlève tout caractère probant même comme commencement de preuve par écrit. L'absence de date risque d'invalider l'acte quand, par exemple, une modification se produit dans la capacité ou les pouvoirs de disposition des signataires [3].

ture au crayon, emploi de tous procédés de reproduction, y compris la photographie, seules les signatures doivent être manuscrites — ; liberté enfin de structure générale — abréviations, énonciations de sommes en chiffres, râtures, surcharges, interlignes, additions, blancs, lacunes, surécritures, renvois et apostilles — ; tel est l'énuméré encore incomplet des privilèges dont jouit l'acte privé en matière civile.

Les interlignes, renvois et apostilles seuls qui ne sont pas signés ou paraphés « valent suivant les circonstances ». V. *R. D.*, t. IX, p. 413, n°s 508 à 510. Cf. Req., 21 décembre 1920, *D. P.*, 1921-1-61.

1 Cette terminologie nous paraît plus précise que les expressions couramment employées : « Formalité du double écrit, du double original ; mention du double ou des doubles. » Nous nous croyons autorisé à l'adopter de préférence.

2 *Cf.* art. 1322 et ss. C. civ.

La signature est en effet une formalité essentielle à la validité des actes sous seing privé. Quant à l'absence de date, elle ne prive point l'acte de ses effets entre les parties et leurs ayants cause, mais l'écrit n'est pas opposable aux tiers. *Cf.* art. 1328, C. civ.

L'énonciation du lieu où l'acte est passé n'est pas non plus prescrite.

3 *R. D.*, t. IX, p. 414, n° 512 *in fine*.

La date n'est exigée, à peine de nullité, que par l'article 970 C. civ.

Les formalités dites exceptionnelles, mesures d'ordre public prises contre la fraude, sont au contraire strictement prévues et rigoureusement sanctionnées [1]. A défaut d'actes en nombre correspondant à celui des parties ayant des intérêts distincts, le ou les actes rédigés ne peuvent être utilisés que comme commencement de preuve par écrit [2]. Enfin, l'absence de la mention de pluralité vicie profondément le titre au point de le rendre purement et simplement annulable [3].

A ces formalités communes aux actes contractuels privés, il faut ajouter les exigences fiscales du timbre et de l'enregistrement dont la sanction purement pénale ne se double jamais d'une sanction civile, la nullité. L'accomplissement de la formalité d'enregistrement réagit pourtant sur l'efficacité de l'écrit; elle est le moyen normal de donner à l'acte date certaine à l'égard des tiers, ayants cause particuliers des parties [4].

L'acte authentique au contraire ne jouit pas des facilités de rédaction sus-mentionnées; il est soumis, à ce point de vue, à des règles spéciales très précises et à deux espèces particulières de solennités instrumentaires: la rédaction en français et l'unité de contexte, c'est-à-dire la continuité matérielle des dispositions. Mais ces jougs apparents lui oc-

— testament olographe — et par quelques lois spéciales relatives aux polices d'assurance et à certaines opérations commerciales — lettres de change, billets à ordre, connaissements, warrants, chèques.

1 *Cf.* art. 1325, C. civ.

2 La question de savoir si l'acte « non rédigé en double » vaut comme commencement de preuve par écrit a été controversée. V. *R. D.*, t. IX, p. 417, n° 560 à 562, et les auteurs et arrêts cités sous ces numéros.

Les tiers ne peuvent jamais soulever cette nullité. V. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, t. II, p. 207.

3 *Cf.* art. 1325, al. 3, C. civ. — V. *R. D.*, t. IX, p. 418, n° 564.

4 L'importance de cette règle protectrice de l'intérêt des tiers diminue et son caractère fiscal s'accentue au fur et à mesure que ces mêmes intérêts sont sauvegardés par des procédés plus perfectionnés.

troient justement les qualités de clarté qui font défaut au sous seing privé [1].

Quant aux solennités réglementaires — incompétence, incapacité du notaire, — elles n'exercent aucune influence à proprement parler formaliste. Ce sont des mesures de précaution d'ordre organique dont l'inobservation ne réagit pas directement sur les opérations courantes du commerce juridique. L'acte authentique, nul pour défaut de forme ou exceptionnellement rédigé par un notaire incompétent, suspendu, destitué ou remplacé, vaudra comme acte sous seing privé au même titre que l'acte reçu par un notaire indirectement intéressé à l'opération — intervention de parents ou d'alliés à un degré prohibé — bien entendu, à la condition que l'acte soit signé des parties et du notaire [2].

On ne peut donc tirer argument de ces causes possibles de nullité partielle pour en accabler l'acte notarié, d'autant qu'elles ne portent, au fond, aucune atteinte à la validité du *negotium* et que l'intervention notariale, bien qu'elle perde son caractère officiel, n'en laisse pas moins subsister certains avantages qui seront découverts pas à pas.

Que reste-t-il donc d'ultra-formaliste dans l'acte notarié comparé à l'acte privé, lorsque l'écrit peut être dressé indifféremment dans l'une des deux formes prévues? L'exigence de la date et des signatures, la formalité du timbre et de l'enregistrement, la lecture enfin des mentions relatives aux dissimulations? [3]

1 On trouvera dans les livres de pratique notariale tous commentaires relatifs à ces règles.

2 *Cf.* art. 1318, C. civ.; *R. D.*, t. IX, p. 411, n° 476 et ss.

3 Une loi du 18 avril 1918, relative aux mesures contre les fraudes fiscales dispose, art. 7, al. 3. « Dans tout acte ou déclaration ayant pour objet soit une vente d'immeubles, soit une cession de fonds de commerce, soit un échange ou un partage comprenant des immeubles ou un fonds de commerce, chacun des vendeurs, acquéreurs, échangistes, co-partageants, leurs maris, tuteurs ou administrateurs légaux seront tenus de terminer l'acte ou la déclaration par une mention ainsi conçue: La partie soussignée affirme, sous les peines édictées par l'article 8 de la présente loi,

Ces prescriptions ont dans les deux cas une rigueur et une portée identiques, et si la contravention à certaines règles de

que le présent acte (ou la présente déclaration) exprime l'intégralité du prix ou de la soulte convenue ».

Quelle peut être dans un acte privé la valeur d'une telle affirmation dénuée de toute influence extérieure, malgré les peines correctionnelles et fiscales édictées par l'article 8? Au dire d'agents compétents de l'administration, on n'a constaté aucun relèvement des estimations depuis la mise en vigueur de cette loi. En matière authentique, au contraire, l'influence de ces dispositions est nettement perceptible. Non seulement les mêmes pénalités frappent l'officier public, mais encore elles sont agrémentées de sanctions disciplinaires qui vont jusqu'à la destitution en cas de récidive — *Cf.* art. 14 complétant l'art. 7 de la loi du 27 février 1912 —. Cette lourde menace qui pèse sur le notaire et bien d'autres considérations — honorabilité professionnelle, parfaite connaissance des dangers courus, intérêt même à faire déclarer un prix suffisant sur le quantum duquel portent les honoraires — donnent à l'affirmation une valeur tangible, inexistante en matière privée.

En outre, cette loi est non seulement inopérante en partie, mais encore elle agit inconsidérément sur notre législation civile. Bien qu'elle ne prévoie aucune sanction au cas où l'affirmation de sincérité est omise — V. Defrénois, *Répertoire général du Notariat, Législation comparée,* 1918, p. 172, n° 77, Defrénois, Paris, 40, rue d'Assas — en réalité, elle en comporte une indirecte.

Pour assurer l'observation des prescriptions légales, on ne pouvait point frapper de nullité l'acte sous seing privé défaillant. C'eût été subordonner trop rigoureusement à un mobile fiscal la validité du *negotium,* ou plus justement, de sa preuve. L'amende non plus n'était point efficace, car on peut y souscrire sans pour cela se soumettre à la formalité; elle eût été parfois injuste, tant de parties, ou même de juristes, ignorant ou ayant perdu de vue cette disposition. On a donc eu recours à un subterfuge.

Une instruction ministérielle du 20 mars 1918, n° 3547, adressée à l'Administration de l'Enregistrement et relative à l'application des articles 7 à 10 de la loi du 18 avril 1918 décide que: « A défaut, dans un acte sous signature privée, de l'une ou de plusieurs des affirmations nécessaires, le receveur devra refuser d'enregistrer cet acte.

» Le même refus sera opposé en cas de déclaration de mutation verbale, si le déclarant ne consent pas à terminer sa déclaration par l'affirmation prescrite. » V. *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement,* Defrénois, Paris, 40, rue d'Assas, 1918, p. 277 et ss.

Ainsi, en l'absence d'une sanction purement civile, on a imaginé une fin de non-recevoir administrative. L'atteinte est flagrante: l'acte ne pourra acquérir date certaine par l'Enregistrement et être opposable aux tiers que si la mention est relatée dans les termes consacrés par la loi.

C'est, de toute évidence, une manifestation certaine d'un formalisme littéral alourdissant l'acte privé sans bénéfice aucun.

pure forme, traditionnellement, routinièrement respectées du reste, entraîne la nullité de l'acte, c'est encore et strictement la nullité de l'acte notarié qui vaut comme écriture privée, pourvu que la forme authentique ne soit pas une condition de son existence [1].

L'acte notarié n'a donc rien de critiquable en soi. Au seul point de vue de la forme, il est nettement supérieur au sous seing privé et présente encore l'avantage de ne nécessiter qu'une rédaction unique [2]. Enfin, il n'offre aucune prise au danger de nullité radicale qui menace le titre sur lequel on a négligé d'apposer la mention de pluralité d'exemplaires par ignorance de la loi ou simple omission [3].

Il convient d'ajouter qu'il est extrêmement rare de voir un acte notarié annulé comme tel pour incompétence, incapacité de l'officier public ou défaut de forme, tandis qu'il est fréquent de voir des conflits de toute nature s'élever autour de l'acte privé.

Les seules formalités juridiques qui distinguent l'acte authentique de l'acte sous seing privé portent en somme sur sa seule rédaction et tendent à sa clarté au moins matérielle. Etant donnée la régularité coutumière de leur observation

1 Malgré l'épuration due à la loi du 12 août 1922, il subsiste encore une « comédie formaliste », lorsque les parties ne savent ou ne peuvent elles-mêmes signer. Elle consiste en la signature, qui peut être donnée après coup, d'un notaire en second. Ce procédé est tellement pratique que, dans l'alternative, on se dispense le plus souvent de faire intervenir des témoins instrumentaires.

2 Le nombre des originaux sous seing privé au contraire ne peut être inférieur à quatre. Un exemplaire est réservé à chacune des parties, à l'enregistrement et à la transcription.

On juge des inconvénients matériels de cette contrainte et cela explique, au moins en partie, quelques-unes des abstentions concernant l'accomplissement des formalités.

3 Appliquées à l'acte privé, ces mesures formalistes mettent les particuliers à la merci de la nullité ou sous la coupe dangereuse d'aigrefins. Comp. IHERING, *L'esprit du Droit Romain*, trad. Meulenaere, 2e éd., Paris, Marescq, 1880, t. III, p. 167. « Qui sait se servir de la forme s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté. »

L'intervention notariale peut seule diriger et éclairer utilement les parties dans l'obscur labyrinthe législatif.

et le caractère anodin de leur sanction, on peut soutenir que ces règles ne présentent que des avantages. La tendance par trop répandue à considérer l'acte notarié comme un écrit essentiellement formaliste n'est-elle pas une manifestation certaine de ce travers humain qui consiste à juger superficiellement des choses sous l'influence, acceptée sans examen et sans discussion approfondie, d'une déformation première devenue chronique.

§ 2. *Le Fond*

La supériorité déjà apparente de l'acte notarié est plus flagrante quand on considère l'acte sous seing privé dans sa fonction probatoire. On ne peut en effet lui reconnaître des pouvoirs que ne justifient pas ses qualités et lui accorder plus de crédit qu'il n'en mérite. Mieux vaut souvent instaurer un pessimisme clairvoyant qu'un optimisme béat, aussi le législateur ne lui consacre-t-il qu'une force probante très faible [1].

La force probante d'un acte découle de deux faits, la sincérité de l'origine et la véracité des mentions, éléments vitaux auxquels on ne peut à défaut de garantie attacher en matière privée une présomption de droit.

Les signatures, marques de fabrique de l'acte, ne lui donnent un caractère probant complet que si elles sont reconnues par les parties ou en justice. Il est donc facile de les contester, aucun élément extérieur n'intervenant en leur faveur.

La preuve judiciaire elle-même est soumise aux règles du

1 V. *R. D.*, t. IX, p. 424, n° 655 et ss. L'acte sous seing privé est dépourvu de toute force probante tant que l'écriture n'a pas été reconnue ou vérifiée en justice.

Nous ne reviendrons pas sur le fait que le sous seing privé doit être, entre autres procédés, soumis à l'Enregistrement pour être opposable aux tiers ; l'acte notarié au contraire fait toujours foi de sa date à l'égard de tous.

En ce qui concerne la force probante du dispositif et de l'énonciatif des actes authentiques, V. *R. D.*, t. IX, p. 392, n° 146 et ss., p. 394, n° 176 et ss.

droit commun; c'est à celui qui se réclame de la signature, le plus souvent intéressant, qu'il appartient d'établir son allégation en recourant à la procédure de reconnaissance ou de vérification d'écritures et cette preuve n'est pas toujours aisée à rapporter. En supposant même que la signature soit vérifiée, on voit combien est onéreuse et dilatoire la constatation judiciaire du droit acquis [1].

La faiblesse de cet élément ne le cède en rien à l'atonie du suivant. L'exactitude des mentions est facilement contestable, la destruction même du sous seing privé pouvant être consommée par la production de la preuve contraire [2]. Ce n'est qu'en cas d'altération matérielle que l'on rend plus difficile la démonstration du faux par une procédure spéciale généralement réservée aux conflits portant sur l'acte authentique [3].

Ces manifestations de neutralité législative que la fragilité de ce titre ne permettait pas de violer ne sont-elles pas un tribut bien lourd des facilités plus nuisibles que profitables concédées par ailleurs à l'acte privé?

1 En outre, l'acte reconnu ou vérifié, s'il acquiert la même force probante que l'acte authentique, n'en produit pas les effets: date certaine à l'égard des tiers, constitution possible d'hypothèques, force exécutoire. V. *R. D.*, t. IX, p. 425, n° 667.

On ne peut invoquer ici, à l'avantage de l'acte privé, le bénéfice de l'hypothèque judiciaire qui lui est conférée après vérification, mais seulement au moment de l'échéance.

En matière de vente immobilière cette disposition légale ne peut être mise en œuvre que dans des hypothèses assez rares. D'ailleurs, ce privilège excessif est entièrement condamné par la Doctrine, qui réclame sa « suppression complète ». V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1921, t. II, p. 879, n° 2885, et Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, t. II, p. 925 « La disposition édictée par l'article 2123, 1er al., 2e phrase, n'est pas défendable; il n'y aurait qu'à la supprimer. »

2 Comp. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, t. II, p. 211 et Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1921, t. II, p. 28, n° 71, 2°.

3 Comp. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1921, p. 27, t. II, n° 71, 1°.

Il suffit de rappeler la foi reconnue à l'écriture et au contenu de l'acte authentique — dont l'entière sincérité est immuable jusqu'à ce que la preuve du faux soit acquise par une procédure périlleuse et compliquée, l'inscription de faux — pour confirmer l'état d'infériorité de l'acte privé comme moyen de preuve, infériorité que corrobore la différence de valeur probante accordée aux copies elles-mêmes [1].

La suprématie de l'acte notarié s'affirme en outre par sa force exécutoire résultant de l'apposition d'une simple formule lorsque l'une des parties reste débitrice de l'autre à un titre quelconque [2].

Cette prérogative permet aux créanciers privilégiés ou hypothécaires d'éviter des lenteurs de procédure susceptibles d'entraver ou d'annihiler certaines mesures d'exécution; son caractère vigoureusement comminatoire aide à secouer l'inertie parfois volontaire du débiteur; la spontanéité de son fonctionnement enfin coupe court aux atermoiements favorables au dépérissement du gage et aux tentatives frauduleuses.

Enfin, les garanties de conservation présentées par l'acte authentique et la valeur d'un commencement de preuve par écrit attribuée aux transcriptions de ces seuls actes sur les registres publics pèsent d'un poids nouveau en leur faveur [3].

Pour résister à un parallèle aussi désavantageux, peut-on invoquer au bénéfice du sous seing privé la possibilité d'une rédaction séance tenante liant à l'instant les contractants et son caractère peu onéreux?

1 V. *R. D.*, t. IX, p. 438, n° 853. Les dispositions des art. 1334 à 1336 C. Civ. ne s'appliquent qu'aux copies d'actes authentiques.

2 Cette formule ne figure pas dans la « minute », elle est seulement reproduite sur la « grosse » qui seule constitue le titre exécutoire.

3 V. art. 1336 C. civ. et les conditions exigées. On a même tenté d'étendre les dispositions de cet article aux mentions d'actes authentiques sur les registres de l'Enregistrement, mais cette opinion n'a pas prévalu. Quoi qu'il en soit, il est établi que ces dispositions ne s'appliquent ni à la transcription, ni à l'enregistrement d'un acte sous seing privé. V. *R. D.*, t. IX, p. 444, n° 957.

Il faut observer d'abord que les difficultés mêmes de rédaction qu'éprouvent ou que soulèvent les parties, difficultés accrues par l'exigence d'une pluralité d'exemplaires, atténuent sensiblement la valeur de cette opinion. On ne peut plus d'ailleurs en tirer argument lorsque les intéressés s'adressent, ce qui est très fréquent, à un intermédiaire officieux n'ayant pas davantage le monopole de la diligence qu'un officier public, n'étaient les mobiles différents qui les poussent.

Enfin, si l'on se dispense momentanément de ces concours, en vue de lier instantanément le marché et de soustraire au fisc une partie du prix, on se contente le plus souvent de l'échange initial de signatures au-dessous d'une simple relation de l'objet vendu et du prix réel. Entre autres inconvénients, cette pratique, qui soumet les signataires aux règles interprétatives du Code, leur enlève dans l'avenir le droit de faire toutes réserves dérogatoires pour peu qu'un des contractants s'y oppose au moment de la rédaction définitive.

Mais pour rester sur le seul terrain des prétendus avantages d'une prompte concrétisation du *negotium,* il est flagrant que cette rapidité, quand elle existe, est plus nocive que profitable.

La conclusion d'affaires commerciales ou financières nécessite une brève réalisation, tout milite en faveur de leur instantanéité et plus encore les variations de cours auxquelles elles sont soumises d'un instant à l'autre. Les opérations immobilières au contraire n'ont aucun besoin d'une consécration immédiate; seules les affaires louches, boiteuses ou léonines tirent un meilleur parti de cet adjuvant [1].

Plus que tout autre, l'opération immobilière, toute d'avenir, exige la pondération, la vérification, l'intervention même d'hommes avertis et intègres. Très lente à prendre corps, à

[1] Que de malencontreuses signatures n'auraient pas été apposées si les intéressés avaient pu se soustraire à une influence pressante, s'appuyer sur un conseil désintéressé ou recouvrer leur maîtrise dans la calme atmosphère du cabinet notarial!

se cristalliser, un délai de quelques heures, voire de quelques jours, entre l'accord et sa constatation matérielle ne peut que lui être profitable. Soutenir le contraire serait nier les réalités de la vie d'affaires quotidienne. A quoi sert d'ailleurs la latitude d'engager sa foi sur-le-champ si c'est pour le regretter ensuite ou essayer de se dérober?

Enfin, la rapidité de l'engagement, en supposant qu'elle implique la rapidité de la rédaction, n'est pas sans réagir dans une large mesure sur l'imperfection du titre quant à sa forme et à son contenu et sans aggraver ses inconvénients extrinsèques au nombre desquels la révélation d'une pratique de plus en plus répandue ébranlera en majeure partie l'objection prévue des frais [1].

SECTION III. — INCONVÉNIENTS EXTRINSÈQUES

L'infériorité inhérente à l'essence même du sous seing privé s'accroît en outre de nombreux inconvénients d'ordre général et même d'ordre particulier à la publicité.

§ 1. *Inconvénients généraux*

L'adoption par les parties de la voie privée leur réserve, en dehors des défectuosités de forme et de fond, de désagréables surprises pour l'avenir.

Lorsque les contractants, dont la candeur juridique n'a d'égale qu'une aveugle confiance en eux, se dispensent de l'intervention des praticiens, ils négligent fréquemment de prendre toutes les précautions utiles, même les plus élémentaires. S'adressent-ils à des courtiers ou à des rédacteurs officieux, ils ne sont pas mieux servis que par eux-mêmes et paient très cher une collaboration très rarement fructueuse. Enfin, la facilité des fraudes auxquelles le sous seing privé

[1] Voyez p. 69 et ss., au titre: immixtion d'intermédiaires.

« Rendre la justice, c'est la retarder » a dit LA BRUYÈRE. Dans le même esprit de relativité on peut dire: rédiger un acte, c'est le mûrir.

est par sa nature même favorable et la multitude de procès qu'il provoque donnent la mesure du caractère pernicieux de cet acte qui fait échec en cela à la sécurité immobilière, facteur essentiel des mouvements transactionnels [1].

I. Complexité de l'opération immobilière [2]. — Sous tous ses aspects, la science moderne s'enrichit progressivement de perfectionnements, de découvertes nouvelles; elle devient de ce fait excessivement complexe et nécessite dans son application une spécialisation à outrance de plus en plus étroite.

Le mot de Spencer, « *Tout progrès est une complication* », s'affirme avec netteté, toute formule nouvelle de simplification n'étant sur un même plan qu'un stade d'amélioration des réalisations connues, indépendant de la poussée en profondeur due aux inventions.

1 Nous avons, à l'origine, consacré une division de ce paragraphe au développement de notre affirmation concernant la multiplicité et la gravité des procès suscités par l'acte privé. Par la suite, il nous a paru préférable de répartir, dans un esprit d'allègement, les cas de jurisprudence les plus saillants au gré des espèces de ce chapitre. Quant à établir le nombre comparatif des procès occasionnés par l'acte sous seing privé eu égard à l'acte notarié en matière immobilière, il faut renoncer à cette discrimination, d'autant plus délicate que les relevés judiciaires ne les distinguent pas. Il faudrait en outre pour obtenir une approximation sensible bien d'autres éléments qui nous font entièrement défaut. Nous nous appuierons donc en cela sur l'autorité des auteurs déjà cités, p. 60, note 1, qui sont unanimes à énoncer la proposition qui a fait l'objet de cette note. V. notamment Bordeaux, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918. « En France, dans les pays de petite propriété et dans les populations rurales, les actes sous seing privé mal faits par les parties, ou mal rédigés par des agents d'affaires de campagne, donnent lieu à de nombreux petits procès. »

2 « Rien n'est plus régulier qu'un contrat de vente, même d'un immeuble de grande valeur par acte sous seing privé. Mais, les hommes les plus versés dans la science du droit, magistrats, avocats, avoués, professeurs, se garderaient bien de recourir à cette forme pour leurs propres affaires : tous s'adresseront à un notaire. C'est une vieille tradition qui s'est transmise et qui est, en effet, aussi utile que sage. » Extrait du discours de M. Glasson, *membre de l'Institut, doyen de la Faculté de Droit de Paris*, prononcé le 16 novembre 1901 à la distribution des récompenses de l'École de Notariat de Paris.

Quel que soit du reste le bien-fondé de cette constatation pour l'avenir, de nos jours la science du Droit subit ce même phénomène de complexité. Elle se présente avec un tel fourmillement de matériaux de toute sorte, sans cesse amendés, renouvelés et amoncelés, que leur connaissance théorique et leur adaptation pratique exigent une préparation et un entraînement constants de la part des spécialistes.

L'opération immobilière, la vente en l'espèce, simple en théorie, est entourée en fait de difficultés, de pièges même en raison de la complexité et de la mobilité actuelles de notre Droit. Il est rare que les parties, lorsqu'elles ont toute initiative, s'entourent de précautions seules susceptibles de mener à bonne fin leur entreprise contractuelle.

Les règles de forme et de fond déjà signalées sont souvent ignorées, éludées, incomplètement appliquées: signatures, date, pluralité d'exemplaires et mentions de pluralité, affirmations de sincérité du prix [1]. Les formalités de l'en-

[1] L'absence de date cependant est un fait assez rare; mais les manquements relatifs à la signature et aux formalités exceptionnelles sont fréquents; V. dans *R. D.*, p. 414, n° 522 et ss. certains cas où l'acte n'a pas été signé par les parties, par les femmes des acquéreurs achetant solidairement avec leurs maris et d'autres espèces où l'acte a été signé par une main étrangère, par des témoins seulement, etc.

Sur le défaut de signature par un prétendu vendeur *Cf.* Req., 16 avril 1902, *D. P.* 1902-1-491 et même par toutes les parties, Req., 8 juillet 1903, *D. P.*, 1903-1-507. V. dans *R. N.*, 30 octobre 1920, p. 714 un arrêt du 8 mars 1920, Req., l'exemple d' « un écrit produit par le vendeur, contenant une promesse d'achat d'un immeuble dont le prix est payable le jour de sa régularisation devant notaire, qui porte, précédé des mots « vu et approuvé », la signature de l'acheteur mais non celle du vendeur, sans que la formalité du double original y soit mentionnée, et que les mots nuls rayés y soient approuvés, dans lequel une stipulation complémentaire écrite en marge ne porte aucune signature et ne contient pas ainsi la preuve de l'accord des volontés nécessaires à l'existence d'un contrat de vente.

« Les juges du fond, par une appréciation souveraine, peuvent décider que cet écrit était inachevé, n'était qu'un simple projet irréalisé, qu'on ne pouvait y voir une promesse d'achat dont le vendeur aurait pris acte et que celui-ci ne pouvait s'en prévaloir pour obliger l'acheteur à réaliser l'acquisition de la propriété. »

registrement et de la transcription sont inconsidérément et trop souvent éludées. Enfin, les énonciations et les clauses diverses concernant les charges et les conditions, généralement confuses, incohérentes, chaotiques, parfois contradictoires, complètent ce tableau aussi sombre que réaliste [1].

Même dénuée de toute complication, la vente immobilière exige des vérifications de capacité, de disponibilité et de publicité dont les contractants se préoccupent rarement. Elle nécessite enfin l'établissement d'une origine de propriété d'une importance fondamentale, trop fréquemment négligée quand elle n'est point passée sous silence [2].

Sans revenir sur les risques multiples déjà connus que fait courir ce *complexum* législatif et en se cantonnant sur le seul terrain hypothécaire proprement dit, qui n'a fait jusqu'ici l'objet que de quelques allusions, on peut soutenir que l'ignorance des dispositions légales favorise chez les parties une inconsciente quiétude qui provoque l'inobservation des plus substantielles mesures de précaution [3].

1 Il y a cependant intérêt à s'exprimer clairement sur la désignation et la contenance des biens vendus; l'entrée en jouissance; les impôts; les locations ou fermages; l'assurance contre l'incendie; le paiement du prix dont les modes de libérations sont si divers: paiement comptant, paiement à terme de tout ou partie, paiement en billets, indications de paiement et délégations, constitution de séquestre; prix à fixer par experts ou consistant en rente viagère; les stipulations d'intérêts; les charges en nature; toutes conventions de garanties, d'usufruit, de réméré; tous pactes de préférence ou d'acquisition en commun, etc., etc.

2 Sur l'importance des origines de propriété V. les ouvrages de pratique; DEYZAC, *Traité formulaire des établissements de propriété,* Paris, Sirey, 1921 et MATON cité par AMIAUD, *Traité formulaire du notariat,* 5e éd., Paris, Administration du journal des notaires et des avocats, 1921, t. II, p. 922, n° 3. « On ne se rend pas suffisamment compte des avantages, disons mieux, de la nécessité d'un établissement de propriété et des périls que le défaut d'examen sur ce point peut entraîner pour les parties. »

V. dans *J. N.,* 15 novembre 1915, p. 713, un jugement du 20 juin 1913, trib. civ. de la Seine.

3 Nous consacrerons au développement volontairement restreint de cette idée deux observations principales portant sur les difficultés que peut faire naître l'existence de l'hypothèque légale de la femme mariée et sur les mesures de prudence qui doivent précéder le paiement du prix.

Lorsqu'un vendeur est marié, quel que soit le régime adopté, ses biens immobiliers sont frappés de l'hypothèque légale de la femme. Pour observer le seul régime de communauté légale, qu'il s'agisse d'un acquêt ou du propre de l'un des époux, on se soucie peu du caractère de l'immeuble, des pouvoirs de disposition du mari, de l'hypothèque de la femme. La pratique révèle que les ventes de tels biens par acte privé sont souvent effectuées par le mari seul même quand l'immeuble appartient en propre à la femme [1]. Mais en l'absence d'intervention de la femme dans l'acte, l'hypothèque légale subsiste à laquelle la femme ne peut renoncer que par acte authentique. En outre, à défaut de disposition personnelle, quand il s'agit d'un propre, la vente est nulle. La femme possède l'action en revendication selon le parti qu'elle prend à la dissolution de la communauté.

Voilà donc un immeuble qui passe dans le patrimoine de l'acquéreur grevé du chef de la femme. Les difficultés ne sont pas immédiates ; elles ne se révèlent que postérieurement quand cet acquéreur veut revendre ou emprunter et qu'il se trouve en présence de tiers avertis, ou encore lorsque s'impose une liquidation après décès, relâchement ou rupture du lien matrimonial.

Au premier cas, l'acquéreur doit régulariser tardivement, et non sans difficultés parfois, sa situation immobilière ou supporter les lenteurs et les frais d'une procédure de purge. Dans la seconde hypothèse, pour peu que la femme ou ses représentants, de bonne ou de mauvaise foi, s'estiment lésés, l'acquéreur en est réduit à composer ou, acceptant une lutte à armes inégales, à perdre peut-être, avec le bénéfice de son

1 V. *Circulaires du Comité des notaires des départements*, t. II, p. 201. En général, ce n'est point dans un esprit de fraude que ces omissions se produisent ; mais les subtilités de notre régime de communauté relatives à la distinction des biens communs et des biens propres, à la différence des pouvoirs d'administration et de disposition du mari, sont complètement ignorées et, dans la conception courante, on a une tendance, qui s'explique parfaitement d'ailleurs, à confondre le régime de communauté légale instauré par notre Code avec un régime de communauté universelle.

opération, l'entière valeur vénale, le montant d'améliorations portées à la chose, l'ensemble des frais et loyaux coûts du contrat.

C'est sans contredit une expiation onéreuse d'une économie et d'une action inconsidérées.

Un préjudice sensible peut encore être subi par l'acquéreur qui paie comptant tout ou partie du prix sans avoir requis un état hypothécaire du chef de son vendeur et des précédents propriétaires [1].

Les conséquences d'une révélation d'inscriptions, comme celle de l'existence de privilèges, sont connues. Elles vont jusqu'au paiement d'un supplément de prix, voire au délaissement.

Mais, s'il est prudent de la part de l'acquéreur de ne pas payer tout ou partie du prix comptant, le vendeur par acte privé a intérêt au contraire à le recevoir intégralement au moment de la signature car l'acte pouvant échapper à la transcription, le privilège du vendeur n'est plus efficacement conservé après l'expiration des délais [2].

Il convient enfin de signaler une disposition récente accordant au fisc un privilège pour bénéfices de guerre. Le nombre d'assujettis au privilège, dans toutes les classes de la société, est considérable [3].

[1] Le vendeur indiquera d'ailleurs d'autant plus difficilement la filiation du droit que l'immeuble aura été l'objet de mutations fréquentes par acte privé.

[2] L'aliénateur pourra faire transcrire l'original qu'il détient; mais il devra faire l'avance des frais et bien souvent cette perspective le rendra hésitant, même s'il a conscience du danger qu'il court. De toute façon, l'intérêt de la transcription dépasse celui de l'acquéreur.

Ce cas de dualité d'intérêts, protégés en principe par la soumission aux prescriptions légales, prouve combien il est imprudent de ne point s'y conformer. La malignité à courte vue des particuliers qui essaient par tous les moyens de se soustraire à certaines dispositions législatives, rend très fréquents des conflits dont les conséquences sont dangereuses car si l'on tourne assez aisément les lois, on évite moins sûrement le choc en retour amplifié que provoque l'aveugle justice immanente des choses.

[3] Bien des gens se sont improvisés commerçants pendant la guerre qui doivent aujourd'hui ou devront rendre des comptes et quantité d'opéra-

Ce privilège, dont l'ayant cause doit provoquer l'inscription par une procédure administrative de purge préventive, frappe le fonds en raison d'un fait déjà ancien, incertain, dont la cause même peut être ignorée. Que d'acquéreurs ou de prêteurs ne se doutent point des difficultés qui les guettent!

De nos jours, bien des tendances doctrinales tentent de réagir contre les excès de la compilation et de la réglementation de détail.

Ces efforts sont d'autant plus louables que la marche des sociétés suscite de nouveaux problèmes dont la solution s'impose et qui élargissent les frontières du Droit. N'est-ce pas une raison de plus, tant qu'une stricte sobriété législative ne sera point obtenue, si elle doit jamais l'être, pour suppléer à l'ignorance de la masse par l'expérience des praticiens?

II. Immixtion d'intermédiaires [1]. — A défaut des garanties que peut procurer l'intervention d'un officier public, les parties trouvent-elles auprès d'autres intermédiaires, les connaissances juridiques, les conseils à la fois désintéressés et éclairés, l'habileté professionnelle et la scrupuleuse probité qu'elles seraient en droit d'en attendre? [2]

tions portent justement sur des biens acquis par eux le plus souvent au moment de leur prospérité. Ces dispositions exceptionnelles ne joueront plus, à partir du 1er avril 1926, sauf en ce qui concerne les droits antérieurement conservés par le fisc; mais, pendant de longues années encore, il sera imprudent de traiter immobilièrement sans requérir un état hypothécaire.

1 Certains d'entre eux vont même jusqu'à se revêtir de l'appareil notarial. V. dans *R. N.*, mars 1910, p. 204 et ss., un arrêt de Douai du 25 janvier 1910; *R. N.*, 15 mars 1912, p. 192, un jugement du trib. civ. de Vervins du 25 janvier 1912; *J. N.*, 15 mars 1922, p. 190 et ss., un jugement du trib. civ. de la Seine du 1er février 1912 confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 13 juin 1917 et de la Cour de Cassation, Ch. Req., du 3 juin 1919, *op. cit.*, 5 août 1919, p. 471; *R. N.*, 15 septembre 1923, p. 225, un jugement du trib. cor. de Châteaubriant du 22 juin 1923. V. enfin, dans *R. N.*, 15 février 1923, p. 126, l'analyse d'une proposition de loi, déposée sur le bureau de la Chambre, visant la réglementation des « cabinets d'affaires ».

2 Il existe plusieurs catégories, qui se compénètrent, d'agents d'affaires, depuis le marchand de biens, dont les opérations essentiellement spécula-

Même quand les agents d'affaires sont intègres et avertis, le caractère particulier de leurs occupations leur enlève forcément tout souci d'intérêt altruiste. Leur seul objectif est la réalisation de l'affaire leur permettant de toucher la forte commission ou leur laissant espérer une large prébende. Ce sont des « marchandises » qui les occupent et non point l'intérêt des individus qui les préoccupe, et l'on conçoit que dans ce concours d'intérêts leur intérêt propre passe bien avant celui du ou des clients quand il est seulement envisagé [1].

Le marchand de biens, quand il ne bénéficie pas d'une option, achète éventuellement pour son propre compte et revend ensuite en bloc ou par parcelles. L'acquisition s'effectue toujours sous la forme privée et lorsque ce marchand a trouvé le ou les acquéreurs définitifs, les mutations sont constatées par actes authentiques sous le couvert desquels disparaît entièrement la personnalité de l'intermédiaire, le vendeur primitif et les nouveaux acquéreurs apparaissant seuls.

Ce procédé permet d'éviter le paiement d'un droit de mutation sur deux; mais le fisc n'est pas le seul à en souffrir. L'agent d'affaires mieux placé à tous les points de vue, chronologique ou financier, au courant des besoins des particuliers, rompu aux affaires, spécule facilement et réalise sur la

tives ne sont malheureusement pas rangées parmi les professions commerciales, jusqu'au courtier proprement dit en passant par le commissionnaire. Auprès de ces initiatives individuelles on rencontre de plus en plus des sociétés s'occupant sur une grande échelle du courtage immobilier.

1 V. Chaine, *La Transcription dans le Projet de loi sur la Réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre* 1908, thèse, Dijon, 1909, note 3 « ...Mais souvent les parties, sous prétexte d'économie, s'en remettent à des agents d'affaires, qui se font d'autant mieux payer qu'aucun tarif ne les gêne, et qui s'arrêtent d'autant moins aux détails que leur science juridique est courte et nulle leur responsabilité. Ils ne s'embarrassent pas ordinairement... Quant au Code civil, ils en connaissent souvent mieux les marges que le contenu. »

Dans la légion toujours accrue des agents d'affaires, où conduisent tous les apprentissages, il existe, cela va sans dire, quelques professionnels sains et préparés.

Et ce sont ceux-là mêmes qui, connaissant les arcanes de l'opération immobilière, ont justement recours à l'officier public alors qu'ils seraient plus qualifiés que tous autres pour se dispenser de son intervention.

revente des différences très sensibles qui créent fréquemment des difficultés au moment de la signature de l'acte ostensible [1].

Les commissionnaires sont chargés de l'achat ou de la revente à un prix déterminé d'avance; mais la marge de leurs bénéfices reste entière et les mêmes difficultés fiscales ou particulières subsistent [2].

[1] Ces lignes sont contemporaines de l'information significative suivante, relevée dans un quotidien local du 8 avril 1923. Nous avons jugé utile de les reproduire in extenso.

La colère d'un paralytique

« Nice. — Ce matin un drame rapide s'est produit dans le quartier de S. S. Pendant qu'il traitait une affaire avec un de ses clients, un agent de location, M. C., a été tué à coups de fusil par le client dans les circonstances suivantes: M. B., qui demeure à S. S., voulait vendre sa villa ainsi qu'un immeuble situé à Nice. Il s'était mis en relation avec M. C., qui lui trouva un acheteur. M. C. se rendit ce matin à la villa en compagnie de M. P., syndic de faillite. M. P., s'assit à une table et se mit à écrire. Soudain, M. B., qui craignait la vengeance d'un concierge chassé il y a quelque temps et conservait à côté de son lit deux fusils de chasse chargés, s'empara d'une de ces armes et fit feu sur M. C., l'atteignant à la main gauche. M. P., se précipita sur lui et réussit à détourner le second coup qui se perdit dans le mur. Puis, effrayé, il sortit précipitamment de la pièce pour aller chercher du secours. Le paralytique saisit alors le deuxième fusil et tira de nouveau sur M. C., qui se relevait de terre. Mortellement atteint, M. C. s'écroula sur le sol.

» M. B. a déclaré que M. C. lui avait acheté pour une tierce personne sa propriété, pour une somme de 400.000 francs et l'avait revendue 500.000 francs, gardant ainsi 100.000 francs pour lui. C'est la colère de se voir duper qui l'avait poussé à son geste meurtrier. M. B. est gardé à vue dans sa villa à raison de son infirmité. »

L'absence de commentaire s'impose. Nous nous bornerons à souligner la marge de bénéfices réservée à M. C. M. Saffroy, aspirant au notariat et stagiaire à Nice, a bien voulu nous indiquer le tarif des agents immobiliers de cette place. Il va jusqu'à 5 pour 100 comme d'ailleurs sur toute l'étendue du littoral. Donc sans autres charges ou aléas que « la peur des coups », M. C. réalisait un bénéfice de 125.000 francs, peut-être de 150.000 francs sur un départ de 400.000 à la vente.

— Sur les tentatives de cumul des commissions, V. dans *R. N.*, 15 mars 1919, p. 179, un jugement du trib. civ. de la Seine du 23 avril 1918.

Si le souci de ne pas diminuer sa dignité et l'intégrité de titres chèrement acquis n'immunisait le corps notarial, sa réputation n'existerait bientôt plus qu'à l'état de souvenir.

[2] V. dans *J. N.*, 5 septembre 1919, p. 526, les différentes manières dont se réalisent les ventes immobilières par l'intermédiaire des marchands de biens.

Ces deux classes d'opérateurs immobiliers ne doivent pas retenir plus longuement l'attention qui doit se porter entièrement sur le courtier, le démarcheur recevant ou sollicitant les offres, les demandes, et s'improvisant toujours rédacteur des conventions, avant tout pour la sauvegarde de son courtage.

De ce courtage, le paiement n'est pas entièrement garanti ; il peut être indéfiniment prorogé ou même réduit pour peu que le grevé s'adresse aux tribunaux [1]. Pour éviter tous atermoiements, toutes restrictions de leur salaire et aussi la révélation de difficultés de paiement nuisibles tant à leurs intérêts qu'à ceux de la corporation, les courtiers ont un moyen très simple de couper court à ces dangers.

Ils s'arrangent pour conserver des traces de la contre-lettre relative à des dissimulations constantes au moyen de reçus ou de sous seings privés initiaux en nombre utile, plus un qu'ils conservent par devers eux et, plus tard, lorsque la vente est soumise à une rédaction plus complète ou à une réfection notariale en vue de l'accomplissement des formalités, le nouvel acte masque la dissimulation. Alors, quand le courtier présente par la suite sa note de frais ou son bon de courtage, si le client, refroidi ou surpris, récalcitre, l'agent le met vite à la raison sous la menace d'une révélation de la contre-lettre primitive [2].

Il faut d'ailleurs reconnaître que malgré son poids, cette mesure de précaution n'est pas entièrement déterminante dans la confection de l'écrit par les courtiers. Les parties elles-mêmes leur accordent une entière confiance pour éviter

1 V. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives,* thèse, Paris, 1905, p. 186 et ss. V. dans *J. N.*, 20 mai 1920, p. 332, les observations sous un jugement du trib. civ. de la Seine du 30 juin 1919.

2 Les sanctions des dissimulations de prix sont très graves. Voyez ci-dessus, p. 56, n. 3. La menace d'une dénonciation est d'autant plus efficace que le courtier ne court personnellement aucun risque. Le prix de l'immeuble ne figurant pas sur le bon de courtage, quand il en existe un, sa complicité ne peut être directement établie.

d'accroître d'honoraires notariaux les frais déjà si élevés qui les grèvent.

De toute façon, ces négociateurs et rédacteurs improvisés sont-ils aptes à remplir cette tâche? Quelle surface présentent-ils? Quelle responsabilité leur incombe? Aucunes connaissances ne sont exigées d'eux, nulle sélection n'est opérée. Qu'importent l'âge, le passé, les aptitudes, le défaut de garanties morales, intellectuelles, pécuniaires! Les parties n'ont-elles point l'entière et inviolable liberté du choix? [1].

Et que se produit-il? Les actes ainsi dressés dépassent trop souvent en énormités juridiques tout ce que l'on peut rêver de plus lamentable. Monuments d'imprécision et d'incohérence, ces écrits sont criblés de contresens, parsemés de nullités, émaillés de formules recueillies au petit bonheur de formulaires archaïques, quand il en est fait usage, et appe-

1 Ces libertés de rédaction facilitent aussi l'immixtion d'employés subalternes des administrations, de maires et secrétaires de mairie, de petits fonctionnaires même qui ne craignent pas de se livrer à l'égard des courtiers... à une concurrence déloyale.

Ces abus ont contraint les autorités à intervenir pour protéger les intéressés :

1° Arrêté du ministre de la Justice et des préfets enjoignant de ne point empiéter sur les attributions notariales ;

2° Circulaire du 23 juin 1853 d'un recteur d'académie aux instituteurs. — V. dans *Circulaires du Comité des notaires des départements,* t. IX, p. 155, note 1, les termes virulents de cette circulaire se terminant ainsi qu'il suit : « Je vous interdis d'une manière formelle la rédaction d'actes de vente, donation, partage, transaction, et je vous préviens que la moindre peine disciplinaire que j'infligerai au maître qui ne tiendra pas compte de cet avertissement, sera la suspension, avec la privation totale de traitement. » ;

3° Décision du ministre de l'Instruction publique en 1854 ;

4° Circulaire du ministre de la Justice, en date du 29 Brumaire an V, concernant Messieurs les juges de paix.

Le jour paraît prochain où l'on devra secouer la poussière qui recouvre ces prescriptions devenues lettre morte.

Nous devons les documents ci-dessus à l'obligeante communication que nous en a fait *Maître* Coste, *notaire à Montpellier, membre du Conseil de l'Association Nationale des Notaires de France.*

V. enfin les doléances du notariat dans *J. N.,* 15 avril 1912, p. XXV et ss.

lés dans cet état à constituer et à conserver la propriété foncière [1].

L'intervention notariale au contraire, quand elle se produit en temps opportun, remédie à ces dangers.

Le notaire n'est pas un simple rédacteur qualifié. Il est non seulement responsable de la validité de son acte, mais encore, selon les tendances d'une jurisprudence constante, de la vérification de l'origine de l'immeuble, des charges qui peuvent le grever, de la régularité des paiements et de tous autres points de fait et de droit purement circonstanciels [2].

On ne peut cependant reprocher aux courtiers, sans préparation dans la majorité des cas, leur insuffisance technique; mais l'on peut critiquer sans aucune réserve l'imprévoyance du législateur qui aurait dû les cantonner, tout en réprimant la spéculation immobilière, dans le seul rôle qui leur convient, celui de stimulateurs [3].

[1] Nous n'avons pu nous résoudre à reproduire ici, suivant nos intentions premières, même un seul des types de sous seing privé les plus informes que nous ayons connus.

Nous citerons seulement, parmi tant d'autres, un cas d'espèce qui donnera une idée des dangers courus, bien mieux qu'une copie littérale d'actes présentant successivement l'apparence d'un problème. V. *Circulaires trimestrielles du Comité des notaires des départements,* t. II, p. 201. « Un notaire voisin de Paris, appelé à établir la propriété d'un domaine, a reçu à cette occasion le dépôt de cent actes sous seings privés, dont quatre-vingt-dix étaient nuls ou inexécutables, les uns signés par des témoins pour des parties ne sachant pas signer, d'autres par des tuteurs pour des mineurs, par les maris pour des femmes, d'autres revêtus de croix en guise de signatures, sans énonciation ou avec des énonciations insuffisantes des noms, qualités et demeures des parties, des désignations des biens vendus. »

[2] En cette copieuse matière nous ne pouvons que renvoyer aux recueils pratiques du Notariat. V. Amiaud, *Traité formulaire du Notariat,* 5e éd., Paris, 6, rue de Mézières, 1921, t. V, p. 470 et ss.; Defrénois, *Traité pratique du notariat,* 10e éd., Paris, 40, rue d'Assas, 1907, t. I, nos 402 à 404 et 433.

[3] La seule rédaction des actes est une opération si délicate, elle exige un tel entraînement, un tel doigté, que, lorsqu'elle n'est pas effectuée par des spécialistes, il est rare qu'elle ne pèche point par quelque côté. — Personnellement nous n'avons jamais eu entre les mains, hormis ceux que dressent parfois sur le champ les notaires, un sous seing privé qui ne prêtât pas le flanc à une critique ou ne fût l'objet d'imperfections; enfin,

III. Facilité des fraudes. — A l'origine, c'est pour paralyser l'injustice et réprimer la fraude que le droit positif est né, et, dans tous les temps et dans tous les milieux, c'est dans ces fins que des lois ont été édictées. Le droit n'est-il pas, en même temps qu'une science, et selon la célèbre définition d'Ulpien « *un art du juste et du bien* », la loi un principe d'ordre et un palliatif du mal? [1]

Aussi bien, une institution juridique qui, au prix de principes philosophiques élevés, source d'un libéralisme trop généreux, sacrifie la sécurité et provoque de périlleuses pratiques, est-elle reprochable quand elle les tolère, blâmable quand elle n'y remédie pas contre l'évidence même.

Ces fraudes s'exercent entre les parties comme à l'égard des tiers et du fisc avec une acuité que ne révèleraient certes pas les statistiques judiciaires que l'on pourrait en dresser,

nos enquêtes auprès des praticiens ont confirmé d'une manière concluante ces constatations. — « C'est un talent rare que celui d'une rédaction claire et prévoyante; il ne peut appartenir qu'à un esprit droit, versé dans la connaissance des affaires et de la Loi, éclairé surtout par une longue pratique; on le rencontre rarement ailleurs que chez un notaire instruit. » Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'Enregistrement*, 2e éd., Paris, Hingray, 1839, t. I, p. 20, n° 22; 2e al., *in fine*. L'expérience a d'ailleurs si bien démontré la nécessité d'une longue adaptation non seulement à la rédaction, mais aussi à la réception des actes, que l'on exige des aspirants au notariat un stage très long, unique dans la préparation professionnelle libérale, avant de leur accorder la maîtrise; stage toujours effectif et, pratiquement, de bien plus longue durée dans les périodes normales.

Nous ne pouvons enfin nous dispenser de signaler, au moins succinctement les précautions de toute sorte qui entourent l'admission notariale et la nomination, les garanties que procurent la discipline du Corps, la nécessité du cautionnement, la création de caisses de garantie; enfin, les mesures de vérification auxquelles sont soumises ses membres.

Une mention spéciale doit être réservée aux efforts louables faits dans le sens de l'instruction professionnelle dont l'organisation et les résultats iront s'améliorant sous l'heureuse influence d'initiatives privées, facilitées dans leur entreprise par la collaboration étroite du corps enseignant des facultés.

[1] « *Nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et æqui.* » Pomponius. *D. I.*, I. De just. I.

tant d'intéressés sont lésés qui ne s'en doutent pas, sont impuissants ou désarmés [1].

Il serait fastidieux d'énumérer les multiples hypothèses de fraudes entre les parties, autres que le dol, depuis la fausse indication du domicile, jusqu'à la vente de la chose d'autrui et aux suppositions de signatures. Il suffit de tracer les confins du cercle frauduleux en signalant la validité implicite des blancs seings si fortement et si longuement discutée dans notre ancienne jurisprudence.

Fait étrange, la loi a efficacement remédié aux abus possibles de cette malencontreuse pratique, dans les promesses unilatérales, par la formalité substantielle du « *bon pour — approuvé* » et l'exigence à la suite de cette mention du quantum en toutes lettres inscrit au-dessus de la signature de la main du signataire ; mais elle a complètement négligé de transporter dans l'immense cadre synallagmatique une mesure du même ordre, en sorte que la signature suffisant sur un nombre donné de feuillets, le blanc seing conserve dans cette sphère sa toute puissance pernicieuse [2].

Même si les tribunaux ne connaissaient d'aucun conflit à ce sujet, une aussi déplorable inélégance juridique devrait disparaître de nos lois. On ne devrait pouvoir davantage s'engager pour l'inconnu qu'engager ses services pour la vie [3].

L'abus de confiance est une plaie, une tare de toutes les sociétés ; sa répression est un pis aller, son étouffement pré-

[1] La tromperie, la fraude juridique, qui est le genre, doit être opposée au dol civil contractuel, à l'ancienne « malignité », qui est une espèce particulière de fraude ayant toujours pour but, sinon pour effet, de « déterminer une personne à contracter en la trompant ». De ce dol, il ne sera point question sous ce paragraphe bien que l'abandon des parties à elles-mêmes favorise ces manœuvres.

[2] *Cf.* C. civ., art. 1326.

[3] Bien des conceptions modernes, opposées dans certaines hypothèses à la stricte rigidité du lien conventionnel, pourraient voir dans cette liberté d'enchaînement précontractuel un joug plus dangereux et plus lourd encore que le lien volontairement et librement consenti en toute connaissance de cause au moins immédiate.

ventif est un bien. L'acte privé apparaît ici avec un caractère anarchique transformant en aveuglement la tolérance législative [1].

Lorsqu'elle n'est pas dirigée contre les parties, la fraude prend le nom de simulation, collusion entre contractants contre les tiers ou contre le fisc. Dans le cas le plus fréquent elle est caractérisée par le terme de dissimulation.

La fraude contre les tiers consiste, selon l'exemple classique, en un simulacre de vente à un prétendu acquéreur, qui reconnaît par ailleurs n'avoir rien acquis ou consent sur le champ une revente, dans le but de soustraire le bien aux poursuites des créanciers du soi-disant aliénateur [2].

Le sous seing privé se prête supérieurement à cette combinaison. Le véritable propriétaire conservant par devers lui toutes pièces utiles ne court point les risques d'une indélicatesse de la part de son comparse et si l'enregistrement, entraînant des frais élevés de transfert, est rendu nécessaire par l'insistance des créanciers, la transcription ne l'est point qui aurait le pouvoir d'enrayer en partie ces fraudes [3].

1 L'immunité dont jouit cette hérésie juridique, phare légal de la fraude, éclaire d'un jour nouveau l'imprévoyance du législateur. Si elle n'a pas capté l'attention des jurisconsultes modernes, elle n'a pas manqué d'attirer celle des faussaires. V. cependant THOMAS, *De l'origine, de l'évolution et de la conception moderne de l'acte sous signatures privées,* thèse, Rennes, 1920, qui dans sa conclusion, p. 134, fait « des réserves » sur l'opportunté même de l'art. 1326 du Code civil: « L'éventualité de fraudes que ce texte cherche à prévoir nous paraît peu vraisemblable... Aussi émettons-nous l'avis que les exigences de l'art. 1326 disparaissent de notre code... » Pour ne point partager cet « avis », il suffit de consulter la Jurisprudence. V. *R. D.,* t. I, p. 27, n° 12, sous le titre « Abus de confiance ».

2 Nous entrons ici dans le domaine d'application de l'action en déclaration de simulation qu'il ne faut point confondre avec l'action Paulienne, leur différence essentielle, d'où découlent d'importantes conséquences, reposant sur le fait suivant: la première de ces actions est dirigée contre une aliénation apparente, tandis que l'action Paulienne menace un transfert véritable. V. dans *R. N.,* 31 mai 1917, p. 375, un arrêt de Cass. Ch. Req. du 27 avril 1917.

3 Sauf à intenter l'action en déclaration de simulation d'un maniement difficile et d'un résultat aléatoire en l'espèce, les créanciers chirographai-

Ces manœuvres louches, ces ententes frustratoires, parfois périlleuses pour celui-là même qui les emploie, et tant d'autres combinaisons du même ordre, ne sont pas les seules auxquelles se plie le néfaste sous seing privé.

La contre-lettre peut encore modifier l'acte ostensible, non plus pour en détruire l'effet, mais en vue de changer complètement sa nature. C'est le cas de la donation déguisée permettant de tourner la loi au bénéfice d'un incapable par exemple ou de tirer parti d'un tarif fiscal moins élevé [1].

Tout ce qui précède ne donne cependant qu'une idée restreinte de la fraude fiscale à laquelle on se livre sur une bien plus grande échelle dans les conventions par actes privés sous la forme de dissimulation d'une partie du prix, de la soulte ou des charges [2].

La fiscalité est de nos jours excessivement lourde. Les droits et les taxes s'enflent et s'accumulent sous les besoins augmentés et répétés de notre trésorerie.

La vente immobilière simple, soumise à un droit d'enre-

res sont impuissants en présence de cette machination. Et cela paraît être un argument sérieux en faveur de la transcription obligatoire.

Si le faux acquéreur au contraire était contraint à formaliser son titre, il mettrait ainsi le débiteur-vendeur sous son étroite dépendance.

En effet, le complice pourrait désormais hypothéquer ou revendre impunément le bien, objet de la fraude, au détriment de son auteur indélicat, toute aliénation ou constitution de droits réels de la part de ce maître chanteur devenant opposable à l'aliénateur primitif au moyen de la soumission à la formalité de son titre apparent et des titres postérieurs.

Or, la perspective d'une dépossession réelle qui résulterait de cet état de choses, donnerait lieu le plus souvent à d'utiles réflexions d'autant que le débiteur-vendeur risquerait de voir passer le bien entre les mains des héritiers de son complice, même si ce dernier, assez peu recommandable pour s'être livré à de pareilles combinaisons, n'abusait pas du droit de propriété.

1 V. dans *R. N.*, 15 juin 1915, p. 361, un arrêt de Cass. Ch. Req. du 5 mai 1915.

2 V. *Circulaires trimestrielles du Comité des Notaires des Départements*, t. III, p. 324. « Tandis que la moyenne générale de la différence de prix exprimés aux actes authentiques et aux actes privés est d'environ 500 fr. par hectare, cette différence s'élève à 700, même 800 francs, dans quelques départements où le nombre des sous seings privés dépasse de beaucoup celui des actes authentiques. »

gistrement de dix pour cent, donne ouverture à un droit de transcription, improprement appelé « taxe hypothécaire », de quarante centimes pour cent, le tout, pour le moment, sans décimes.

En présence de frais aussi prohibitifs, on n'est pas étonné de voir les contractants éluder en partie ces charges par l'emploi d'un moyen mis inconsidérément par la loi à leur disposition, la complaisante contre-lettre. Seulement, aux termes des lois de finances qui viennent malencontreusement influer sur notre législation civile, les contre-lettres contenant une dissimulation de prix sont « *nulles et de nul effet* » [1]. La survivance de la contre-lettre à l'acte ostensible est donc dangereuse; sa révélation entraîne de fortes pénalités pécuniaires et même corporelles. Le danger, en un mot, monte la garde autour de l'acte occulte, mais l'ingéniosité des fraudeurs n'est pas prise au dépourvu. L'acte privé n'est-il point là qui leur offre sa débonnaire et généreuse souplesse?

Ou bien le montant de la dissimulation est intégralement versé au moment de la confection du sous seing privé qui ne porte plus qu'un prix amoindri; ou bien les exemplaires de l'acte sont établis au prix réel et, lorsque l'acquéreur est prêt à payer la dissimulation, on signe l'acte ostensible portant le prix diminué et l'on déchire les actes primitifs afin qu'il ne reste plus aucune trace de la fraude, sauf peut-être entre les mains de l'agent d'affaires.

La plus complète quiétude fiscale est ainsi assurée hormis l'hypothèse d'une expertise administrative fondée sur une insuffisance manifeste du prix ou l'existence d'une revente aux enchères publiques, antérieure ou postérieure dans un délai déterminé, et révélant une sensible plus-value.

Peu importent d'ailleurs ces aléas si leurs conséquences sont moins graves que celles d'une révélation de fraude fiscale caractérisée: la contre-lettre!

L'Etat perd à ce jeu de très grosses sommes non point seulement dans le présent, et ceci est une répercussion remar-

[1] Loi 27 février 1912, art. 6 et 7.

quable de la dissimulation, mais aussi quand l'immeuble passe en d'autres mains, à titre successoral par exemple.

Les calculs de taxe successorale et des droits de mutation par décès portent généralement sur la valeur vénale déclarée dans le transfert à titre onéreux qui a précédé la transmission à cause de mort. Or, il est rare que les contrôleurs ou inspecteurs, à l'intégrité professionnelle et à la prespicacité desquels il faut rendre un hommage mérité, ne s'inclinent pas devant les chiffres antérieurement agréés par l'administration sauf dissimulation grossière ou coïncidence de fait déjà signalée : vente publique à un prix fort. L'insuffisance d'évaluation subsiste donc avec ses injustices à l'égard des contribuables qui n'ont point la même mentalité ou ne sont point soumis à cette espèce particulière d'impôt.

Les notaires eux-mêmes luttent difficilement contre cet état de choses. Ils n'ont en effet le pouvoir de réagir contre la fraude que dans certains cas très spéciaux et très rares, lorsque, par exemple, l'immeuble vendu est un propre et fait l'objet d'un remploi.

Et il ne faut pas croire que le taux des dissimulations soit insignifiant, comme il ne faut pas ignorer leurs répercussions contre les fraudeurs eux-mêmes [1].

[1] Les cas d'espèce suivants, prélevés sur un plus grand nombre d'observations, nous ont été révélés, au cours d'affaires dont nous nous sommes occupé durant un stage trop court récemment effectué dans une importante et très honorable étude du Midi.

Nous remercions bien vivement *Maître* EDARD, *notaire à Nimes*, de nous avoir autorisé à donner ici un aperçu sommaire de ces exemples pris sur le vif.

En ce qui concerne le montant des dissimulations, il nous suffira, pour donner une idée des chiffres qu'il peut atteindre, de citer deux faits.

Ayant obtenu, sous prétexte d'éclaircissements, la communication de sous seings privés originaires dans les affaires J. et G., traitées en dehors de l'étude, nous avons relevé une dissimulation des sept huitièmes et des quatre cinquièmes du prix, par rapport à celui obtenu comparativement sur des éléments d'appréciation et d'évaluation certains.

L'affaire T. donne d'autre part un aperçu des inconvénients extra-fiscaux des dissimulations et éclaire d'un jour nouveau notre théorie du choc en retour. La liquidation d'une succession nous a permis cette constatation que révèlent d'ailleurs la plupart des liquidations de communautés.

Le malheur est que cette mentalité fiscale est générale et profondément ancrée ; elle gangrène le corps social tout entier et déplace injustement le fardeau de l'impôt [1].

Madame T., commune en biens, recueille dans la succession de son père un immeuble d'une valeur vénale de 66.000 francs, quittancés dans l'acte. La dissimulation restant due, soit 36.000 francs, est souscrite par l'acquéreur en billets non datés et non causés, rédigés par un intermédiaire officieux bien entendu.

Au décès très rapproché de Monsieur T., l'acquéreur, qui aurait pu soulever bien des constatations, paie fort honnêtement les 36.000 francs restant dus entre les mains de Madame veuve T., qui, exerçant liquidativement sur le fonds commun la reprise à laquelle elle a légalement droit, soit 30.000 francs, rentre intégralement dans le prix de son propre et n'est point lésée, grâce au décès purement accidentel de son mari avant le paiement de la dissimularlion.

En effet, si le décès et la liquidation subséquente avaient eu lieu normalement après le paiement des billets entre les mains du mari administrateur, au lieu d'exercer à la dissolution l'entière reprise de la valeur vénale de l'immeuble ou d'en recevoir toute compensation — la fortune mobilière des époux figurant à leur compte de dépôt en banque —, Madame veuve T. eût été colloquée pour la seule reprise des 30.000 francs quittancés dans l'acte sans recours possible, même frauduleux, sur la masse commune. Quant aux 36.000 francs clandestinement perçus par la communauté, dans notre hypothèse, ils ne lui revenaient que pour moitié comme commune en biens, à titre d'excédent d'actif, c'est-à-dire après tous prélèvements et paiements.

Madame veuve T., en concours avec des héritiers du mari, eût ainsi perdu sur son immeuble au moins une somme de 18.000 francs, pour une économie de 3.600 francs environ en faveur... de l'acquéreur, peut-être les 36.000 francs si la communauté eût été déficitaire.

Il est inutile d'ajouter que ces opérations ont été conduites par des courtiers comme il y en a trop, quantitativement et qualitativement.

La fraude fiscale offre enfin d'autres inconvénients que nous ne pouvons ni énumérer ni même prévoir. Envisageons cependant l'hypothèse d'un immeuble supportant une grosse dissimulation récente des deux tiers par exemple et offert en sûreté. Les parties sont d'accord pour dresser l'acte d'obligation portant normalement sur le tiers de la valeur vénale réelle. Mais quand les contractants iront chez le notaire, ce dernier hésitera sur de telles bases à établir son acte — V. dans les ouvrages du notariat la gravité de la responsabilité des officiers publics au mot : « Obligation » —. Même si le notaire engage sa responsabilité et dresse l'acte, le fisc ne laissera certainement pas échapper l'occasion de relever cet aveu d'insuffisance du prix de la vente première.

[1] Cette conception grossière de l'économie des frais fiscaux est poussée à un tel point que parfois elle ne permet pas au sage praticien de faire entendre le langage de la raison et vibrer la corde même de l'intérêt.

Une bonne législation devrait entraver ces pratiques au lieu de les faciliter et enlever aux particuliers, dans la mesure du possible, tous moyens de nuire.

Or, toute idée contentieuse mise à part, il n'y a qu'une voie, l'authenticité, pour se rapprocher des cîmes inaccessibles d'une honnêteté fiscale d'autant moins observée que l'impôt devient plus lourd et que l'on ne considère point ces pratiques comme une malhonnêteté, quand on ne s'en flatte point comme de prouesses [1]. Certains moralistes, des éco-

Madame N. apprend qu'un immeuble est mis à l'adjudication en l'étude. Le bien lui convient particulièrement et il y a de fortes chances pour qu'il n'atteigne qu'un prix très inférieur en sorte que son achat peut être considéré comme une heureuse spéculation.

Madame N. sera offrante. Mais, avant de prendre congé, il est perceptible qu'elle hésite à poser une question qui manifestement la préoccupe. On la prie de s'expliquer. Elle demande alors, non sans réticences, s'il n'est pas possible de « truquer le prix pour l'Enregistrement ». On lui répond en conséquence, tout en lui faisant remarquer qu'elle économisera très probablement 10.000 francs sur un prix de 30.000 francs, pour une valeur réelle d'au moins 40.000 francs et qu'en conséquence, une dissimulation sur un achat *ad valorem* ne pouvant raisonnablement porter que sur cette même somme de 10.000 francs, elle a l'avantage de ne point débourser non seulement les droits relatifs à la dissimulation, mais encore le capital figuratif.

Hélas! rien ne peut décider Madame N. à revenir sur la décision qu'elle vient de prendre subitement. Décidément, elle n'assistera même pas aux enchères!

L'immeuble fut adjugé en le cabinet au prix prévu et, coïncidence non pas chose curieuse, l'adjudicataire ne manqua point de demander si l'on ne pouvait pas « s'arranger pour les droits ». La réponse fut une protestation véhémente de la part du notaire. Cicéron ne se fût-il pas élevé avec chaleur contre cette perversité en une locution connue?

Nous nous excusons d'avoir rapporté dans le détail des faits qui, pour si singuliers qu'ils paraissent, n'en sont pas moins révélateurs d'un état d'esprit qui croît avec le mécontentement au fur et à mesure qu'augmentent les taxes. Mais là s'arrêtent nos commentaires, car ceci « est une autre histoire ».

[1] Nous n'entendons pas davantage justifier que critiquer par là le taux des droits immobiliers actuels, la question du quantum de l'impôt n'ayant qu'un rapport indirect avec les préoccupations qui nous sollicitent. V. sur ce point particulier Bouteiller, *Des droits d'Enregistrement sur les mutations de propriété d'immeubles à titre onéreux étudiés principalement au point de vue de leurs conséquences économiques,* thèse, Poitiers, 1903 et

nomistes même, n'ont-ils point tenté d'excuser ces pratiques ! [1]

§ 2. *Inconvénients particuliers à la Publicité*

La valeur d'une publicité est fonction de la valeur du titre soumis à la formalité.

Dans un système d'opposabilité absolue, c'est sur la valeur propre de l'acte constatant le transfert ou sur la vérification même de la validité du transfert que reposent les principes de foi publique, de force probante, sanctionnant définitivement la sécurité dont la légitimité du transfert est indéniablement promotrice. A fortiori, si l'on veut obtenir la sécurité dans un système d'opposabilité relative, c'est encore, à défaut de foi publique ou de force probante, à l'auto-validité du titre et en outre à ses qualités extrinsèques qu'il faut demander cet élément impulsif de consolidation [2].

Ces constatations permettent de poser le postulat suivant : toute publicité puisant son fondement dans l'idée de sécurité doit reposer dans la limite du possible sur des transferts exempts de vices.

Or, nous connaissons les faiblesses de l'acte privé qui, l'éloignant de nos directives, le rendent d'autant plus dangereux à l'égard des tiers que l'accomplissement de la formalité ne donne au titre aucune confirmation, aucune autre force

ROUCHON MAZERAT, *Les charges fiscales des mutations de propriétés foncières*, thèse, Paris, 1909.

Il est à noter cependant que la solution donnée à ce problème exerce une influence certaine sur l'accélération ou le ralentissement de la circulation immobilière.

1 Cons. DELAUDE, *La fraude en matière d'Enregistrement et de mutations par décès*, thèse, Grenoble, 1912, p. 13 et ss. ; LESCOEUR, *Pourquoi et comment on fraude le fisc. Les impôts sur les successions et sur le revenu*, Paris, Bloud, 1909, p. 258 et ss.

2 N'est-ce point un argument puissant en faveur de l'extension de l'authenticité que ce souci de perfection du titre avant son admission à la publicité qui hante les auteurs et qui a dicté, comme nous le verrons, aux législations étrangères, des dispositions prohibitives à l'égard de l'acte privé.

nouvelle qu'un droit de priorité toujours subordonné à sa validité initiale et à celle des transmissions antérieures.

Sans revenir sur les observations précédentes, il suffit, pour donner la mesure de la déchéance de cet acte, de souligner l'insuffisance manifeste qu'il révèle à propos d'un élément fort important de la transmission immobilière, la désignation, et de préciser son entière incompatibilité avec nos règles organiques.

I. Insuffisance et défectuosités des « désignations » [1]. — La désignation certaine de l'immeuble est d'une importance incontestée dans les opérations immobilières.

Mais les erreurs matérielles, les indications vagues, ambiguës, les appellations fantaisistes des parcelles, de l'emplacement sont ici encore l'apanage du sous seing privé.

On voit l'imbroglio, les malentendus et leurs conséquences possibles, nées de ces irrégularités, non seulement à l'encontre des parties et des tiers, pour lesquelles l'exacte désignation est le départ de la validité de l'opération projetée, mais à l'encontre du bon fonctionnement du système hypothécaire proprement dit [2].

Cette désignation, dont la rédaction précise est plus particulièrement délicate dans les opérations de morcellement, — vente de parcelles, partages, etc. — doit faire l'objet d'une attention particulière afin de présenter un profond caractère de certitude et se rattacher avant tout au fond en

1 V. dans *J. N.*, 15 novembre 1913, p. 793, un jugement du trib. civ. de la Seine du 20 juin 1913.

2 La moindre confusion peut encore engendrer de graves perturbations lorsque se produisent des subrogations, renonciations, mentions en marge, mainlevées et radiations, et soulever des discussions qui se terminent le plus souvent par des procès portant sur la détermination de la responsabilité incombant soit aux parties, soit aux officiers publics ou aux conservateurs eux-mêmes. V. la note de M. Solus dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, Paris, Sirey, 1923, avril-juin, p. 541, n° 7 : « *Dans quelle mesure sont respectivement responsables d'une erreur dans un état d'inscriptions, le conservateur des hypothèques et le notaire rédacteur de l'acquisition* ».

fournissant le nom de la commune, l'indication de la section, le numéro du plan, le lieu dit, la contenance, la confrontation récente [1].

Ces précisions, en quelque sorte perpétuelles, une fois obtenues, la désignation doit enfin porter sur ce qui à la surface n'est que l'œuvre variable et temporaire de l'homme : emplacement urbain, description de la construction, nature du sol ou genre de culture, facilitant l'individualisation matérielle [2].

Comment exiger tout cela de simples particuliers ou encore d'intermédiaires officieux ?

D'autre part, l'intérêt qui s'attache à la rigoureuse précision des désignations est prépondérant pour la tenue régulière des matrices et l'on peut soutenir que la réfection du

1 La nécessité de ces indications devient plus impérieuse depuis qu'elles ont été exigées pour les inscriptions hypothécaires. *Cf.* Loi du 1er mars 1918.

Mais, comment les obtenir en matière de transcription, où elles présentent pourtant un intérêt aussi puissant, tant que l'acte privé sera toléré ?

Cela seul peut expliquer le caractère incomplet de cette récente disposition législative dont les termes auraient dû être transportés en matière de transcription.

2 Dans la limite de leurs moyens d'investigations cadastrales, les notaires assurent ces prescriptions.

On pourrait cependant être tenté de reprocher au notariat, en matière de prêts hypothécaires portant sur des biens excessivement morcelés, une insuffisance d'individualisation à laquelle on a suppléé par une formule de « désignation collective », admise d'ailleurs par la jurisprudence.

Sans entrer dans la justification de cette pratique, imaginée pour faciliter certains besoins immédiats et particuliers de crédit et que la loi du 15 mars 1918 vient de condamner dans un intérêt général, il convient seulement de redresser ici une confusion certaine.

Des explications des commentateurs, il semble résulter que cette même formule était, dans les espèces précitées, d'un emploi courant exclusif de toute autre désignation. Or, qu'il y ait eu des cas isolés d'une unique individualisation générale, sur lesquels ont d'ailleurs porté les conflits connus, c'est possible. Mais il n'en est pas moins vrai que l'emploi de cette même formule, qui n'est d'ailleurs pas mentionnée dans les ouvrages du notariat même les plus complets, n'était fait que d'une façon purement auxiliaire, et après une désignation détaillée de tous les biens existants donnés en garantie à un prêteur plus exigeant et plus pointilleux que le commun des créanciers hypothécaires.

cadastre serait facilitée si toutes les transmissions avaient été effectuées dès l'origine avec précision. Le tableau de la propriété foncière ne serait plus à refaire au prix des difficultés connues, accrues par l'indifférence ou l'inertie des communes et des départements [1].

La nécessité de mettre un peu d'ordre et de clarté dans le sommier des transferts immobiliers a été si vigoureusement ressentie que l'on exige désormais des notaires, et des greffiers pour les actes judiciaires, le dépôt au bureau de l'enregistrement d'un extrait sommaire de la mutation de tous actes authentiques portant translation et attribution de propriété immobilière [2].

Mais il est remarquable que les parties ne sont point tenues de dresser ces extraits quand il s'agit d'un acte privé. C'est le service de l'enregistrement qui, semestriellement, les établit et les communique au service des mutations. Seulement, comme les énonciations sont souvent confuses, les agents de l'administration ne peuvent que faire cadrer les mentions des actes avec les indications existant sur le registre.

A certaines époques de l'année cependant, les « contrôleurs spéciaux » du service des contributions directes, tiennent bureau ouvert aux mairies de leur ressort pour recevoir les déclarations ou les explications complémentaires des parties; mais si la forme et le fond sont sauvés fiscalement parlant, les erreurs cadastrales subsistent, elles ne font que croître et embellir [3].

[1] En vue d'assurer la régularité et l'exactitude des matrices cadastrales, les notaires sont autorisés à prendre gratuitement, dans les mairies, une copie des indications fournies par les états de section et les matrices cadastrales — *Circulaires* du Ministre de l'Intérieur du 8 novembre 1911 et du Directeur Général des Contributions Directes du 4 janvier 1912.

Ces mentions cadastrales sont exigées du notaire sous peine de 25 francs d'amende, mais seulement dans les communes où le cadastre a été fait en exécution de la loi du 17 mars 1898, soit dans 70 communes environ dont on trouvera l'énumération dans la *Circulaire* n° 303 du *Comité des Notaires et des départements*, 20 juin 1914.

[2] Loi du 20 mai 1915.

[3] Le Cadastre ne présente pas seulement un intérêt de publicité. Il a dans notre organisation moderne une affectation fiscale très importante

II. Incompatibilités avec les Principes Directeurs. — Avant même de retracer une rapide esquisse de cette inconciliabilité, il convient de mettre en évidence deux pratiques frauduleuses provoquées par le sous seing privé et appelées à ne disparaître qu'avec lui. Les termes de transcription bénévole et de course à la transcription semblent bien les qualifier.

A) Transcription bénévole. — Rien, en effet, ne peut empêcher la transcription d'un acte complètement faux concernant même un immeuble inexistant [1].

Sans argumenter de cette dernière hypothèse, dont l'anomalie est évidente, et pour se cantonner sur le seul terrain d'une falsification d'acte relative à un immeuble déterminé, on juge de l'imprévoyance législative qui facilite ainsi à un faussaire la vente du bien d'autrui pour peu qu'il ait l'habileté de tirer parti, aux yeux de son trop crédule acquéreur, de l'accomplissement d'une formalité légale qui donne, au moins en apparence, un caractère confirmatoire à une transmission purement imaginaire [2].

sinon paralysée, du moins fort entravée par la pratique des sous seings privés.

1 Peut-on nous opposer la possession apparente, la commune renommée et tant d'autres moyens personnels de vérification dont l'acquéreur peut s'entourer? Mais, il est tant d'embûches pour surprendre la bonne foi! En outre, l'accomplissement de la formalité de la transcription, pratiquement précédée de l'enregistrement d'un acte faux, donne à ces interventions publiques un semblant de consécration, véritable trompe-l'œil.

Et cela même vient à l'appui de la nécessité d'un titre sérieux, d'une preuve certaine du droit de propriété et justifie tant nos directives que les précautions de tout ordre prises par les notaires, notamment les établissements de propriété.

2 Nous entrons ici dans le domaine connu de « l'inefficacité relative de l'acte non transcrit » dont les applications sont si fréquentes. V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1920, t. I, p. 812, nos 2615 et ss. Peu importe la mauvaise foi des tiers, ce n'est qu'au cas de fraude caractérisée, bien difficile à déterminer, que « le premier acheteur serait préféré au second, nonobstant le défaut de transcription. » V. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1919, t. I, p. 908 et ss.

B) Course à la transcription. — L'absence de toute intervention publique est susceptible de faciliter enfin une très simple manœuvre spoliatrice de la part cette fois d'un véritable propriétaire.

Un vendeur mal intentionné qui obtient le paiement comptant du prix peut réaliser, à un très bref intervalle, deux ventes dont une seule cependant peut être réellement validée, celle qui sera transcrite la première. Ainsi on revient aux excès de la clandestinité que l'on a cru entièrement corriger par l'introduction de la publicité. Il reste bien une obligation personnelle en faveur de l'acquéreur, mais quelle peut être sa valeur en présence d'un faussaire?

L'individu qui, en l'absence de publicité, était capable d'exploiter le bénéfice de la clandestinité, a conservé les mêmes prérogatives à une différence chronologique près. Le progrès réalisé en ce sens n'est pas considérable.

Pour remédier à cela, il faudrait d'une part rendre la transcription obligatoire et d'autre part obtenir la consignation de tout ou partie du prix payé comptant jusqu'au jour où l'accomplissement de la formalité et la délivrance d'un état sur transcription obvieraient aux dangers courus.

C'est en cela que l'officier public joue et est appelé à jouer un plus grand rôle. Il est perceptible que ces machinations, auxquelles se soumet avec tant de facilité l'acte privé, se heurteraient à cet obstacle insurmontable : la barrière de l'authenticité.

1° *Généralité.* — Le principe de généralité veut que tous les transferts de la propriété immobilière, ainsi que ses modifications, soient soumis à la publicité.

Cela exige de sérieuses qualités de fond et de forme du titre à publier et l'on sait à ce sujet ce qu'il faut penser des errements de l'acte privé immobilier, lesquels apparaîtraient,

Cf. Req., 15 juin 1922, *D. P.*, 1922-1-180, V. dans *R. N.*, 15 mai 1920, p. 338, un arrêt de Cass. Ch. Req., du 15 avril 1920; *R. N.*, 30 juin 1923, p. 165, un arrêt de Cass. Ch. Req., du 15 juin 1923.

dans les partages dressés en cette forme et dans tous autres actes équipollents, avec plus d'intensité encore [1].

En outre l'acte privé ne permettra jamais de faire émerger certaines causes d'éviction qui pourraient être directement divulguées et, argument considérable, qu'il s'agisse d'un testament, ou d'une déclaration de succession, une forme privée ou similaire est inconciliable avec les exigences de la publicité [2].

2° *Nécessité.* — Ainsi l'acte privé ne se plie qu'incomplètement au principe de généralité et ce n'est pas son moindre défaut. Non seulement la publicité doit s'étendre à tous les actes et à tous les faits modificatifs de la propriété immobilière, mais encore aucun d'eux ne doit y échapper.

La sanction d'inefficacité de l'acte non transcrit à l'égard des tiers est un leurre si elle ne s'appuie pas sur une disposition impérative plus efficace. Les statistiques révèlent la

1 Peut-on concevoir raisonnablement, pour nous en tenir à ce seul type d'acte une transcription complète des partages qui emportent le plus souvent une liquidation, opération essentiellement complexe?

Exigeant dans leur ensemble, une connaissance approfondie du Droit, beaucoup de prudence et d'habileté, qualités que l'on ne rencontre généralement pas chez les parties ou les « arbitres improvisés » qui se chargent parfois de leurs destinées, ces opérations portent, fréquemment, non seulement sur des immeubles, mais sur des biens de toute nature: mobilier, livrets de Caisse d'épargne, fonds de commerce, valeurs de bourse, titres de créance, etc. Il faut alors établir les qualités des parties, la masse des biens, le compte des fruits, le passif, les frais; procéder aux rapports, aux prélèvements; déterminer le droit des parties et, entre autres attributions, transporter enfin les immeubles.

Or, ces immeubles ont fait l'objet d'observations réparties dans le corps de l'acte et relatives à leur origine, aux désignations, aux charges, etc. Qui ne voit immédiatement les difficultés d'une reproduction in extenso? Quel intérêt peuvent avoir les tiers à prendre connaissance de toutes les observations, analyses et mentions contenues dans l'acte? Comment prélever dans cette compilation les renseignements tant objectifs que subjectifs? Quel encombrement des registres, quelle source de frais! Quelle perte de temps, quelle énigme pour les intéressés! Ce n'est plus là, à proprement parler, un inconvénient de l'acte privé, c'est une prohibition, d'autant plus que l'analyse de cet acte, dressé en la forme privée, se heurterait à des impossibilités tant intellectuelles que matérielles.

2 V. p. 120 et ss.

multiplicité des abstentions qui croîtraient dans une plus grande proportion par le fait de l'extension de la publicité aux transmissions après décès, si les nouveaux acquéreurs devaient rester seuls juges de l'opportunité de la publicité.

Il faut donc leur imposer cette obligation; mais à cela le sous seing privé ne se prête guère.

Bien des sanctions ont été proposées, telles que l'amende, qui resteraient inefficaces car l'acte privé, facile à dissimuler, se dérobe aux contraintes les plus ingénieuses [1].

3° *Simplicité.* — Enfin, la forme privée est loin de se prêter à la simplicité rêvée de la formalité qui implique la limpidité à l'origine. Au seul point de vue de la facilité des recherches, de la rapidité et de la clarté des investigations, il convient de ne publier que les éléments essentiels de l'acte, en sorte que l'intéressé n'ait pas à s'égarer dans le dédale de clauses verbeuses, de rédactions touffues, de relations fastidieuses qui n'ont aucun rapport direct avec la publicité, ou même avec l'immeuble.

On ne doit trouver dans les registres du conservateur qu'une copie expurgée du titre ou une relation certificative de la transmission ne contenant qu'un nombre restreint d'indications utiles.

Le sous seing privé qui présente parfois des mentions surabondantes au détriment des indications essentielles est-il apte à remplir ces conditions? Serait-il bien rédigé, comment exiger de la part des conservateurs un prélèvement utile? Peut-on songer enfin à faire effectuer à l'origine ces prélèvements par les signataires privés! [2]

[1] V. p. 145 et ss.

[2] La loi du 24 juillet 1921 exige des notaires le dépôt de deux expéditions de l'acte translatif rédigées sur des feuilles spéciales fournies par l'administration.

Alors que ces copies doivent être écrites à raison de quarante-cinq lignes à la page, en toutes lettres, sans surcharges, grattages ni interlignes et qu'il est prescrit de bâtonner les blancs, de numéroter les renvois, de les inscrire à la suite des formules, de clôturer enfin l'expédition par un certificat de collationnement indiquant les noms, prénoms, profession et

Cette incompatibilité de l'acte sous seing privé avec les règles organiques et son opposition manifeste avec les directives d'une publicité sinon idéale du moins utilitaire permet-

domicile du signataire et contenant l'approbation des renvois, des mots rayés, des blancs bâtonnés — mesures efficaces de conformité et de clarté — on ne demande rien de semblable aux particuliers qui peuvent déposer à la transcription l'exemplaire le plus informe de leur acte.

Si, pour remédier à cet état de choses on envisage l'hypothèse de prélèvements à effectuer par le conservateur sur la pièce soumise à la publicité, soit au moment de l'accomplissement de la formalité, soit à l'instant seulement de la délivrance des renseignements par états sommaires, on se heurte à bien des empêchements.

Sans faire état de la responsabilité qui découlerait pour le conservateur de l'introduction d'un tel procédé, on juge du travail intellectuel et matériel qui lui incomberait et qui accroîtrait les lenteurs de l'accomplissement de la formalité — que l'on a voulu éviter par le nouveau système du dépôt — ou de la délivrance des renseignements, quelle que soit la solution adoptée.

Quant au second moyen, envisagé au texte, qui consisterait en le dépôt d'extraits de l'acte dressé par les parties, on ne peut s'y arrêter lorsqu'on interroge le seul esprit de l'administration dont la psychologie empirique semble bien dénier toute compétence aux particuliers.

En effet, l'exonération, en faveur des signataires privés, des formalités prescrites par la loi du 24 juillet 1921, — que l'on peut rapprocher de la dispense de rédaction d'un « extrait sommaire », — n'est pas une application subséquente, un transport en la matière du principe de la liberté des formes.

Cette solution a été dictée par d'autres préoccupations. Elle rentre dans la sphère du formalisme administratif assez indifférent aux principes généraux du Droit et sachant faire passer les sollicitations bureaucratiques avant toute sollicitude individuelle.

Si l'Administration intéressée a bien des titres à la généralisation des dispositions de la loi du 24 juillet 1921, et toute puissante au sein des commissions législatives, a agréé ces seules améliorations partielles, c'est qu'elle s'est rendue compte de l'impossibilité matérielle d'une application quelconque de ces prescriptions aux particuliers, de leur inefficacité en ce qui les concerne.

Dans le même ordre d'idées, si nous jetons un regard en arrière, nous verrons qu'il y a peu de temps encore la formalité était identique pour l'acte authentique et l'acte privé. Or, les dispositions récentes semblent bien démontrer la nécessité d'une réglementation nouvelle qui porte à bon escient sur l'acte notarié. Peut-on en dispenser l'acte privé sans se heurter à une réforme incomplète qui, loin d'atteindre le but poursuivi, accentue cette incohérente dualité législative de notre Loi foncière que la logique seule suffit à condamner?

tent de conclure, en le qualifiant d'une façon lapidaire certes, mais d'autant plus expressive, d'indésirable.

Section IV. — Rejet du simple dépôt et de l'authentication [1]

Pendant la discussion de la loi du 23 mars 1855 quelques-uns des dangers du sous seing privé furent timidement signalés [2].

Afin d'interdire à ces actes l'accès des registres, deux moyens étaient préconisés: le simple dépôt pour minute et l'authentication. Mais les partisans de l'admission pure et simple du sous seing privé à la formalité l'emportèrent et l'on dut agréer les deux formes sur un pied d'égalité [3].

De nos jours les critiques précédemment adressées à ces procédés conservent leur portée; la nécessité de l'extension complète de la publicité en suscite de nouvelles.

Le simple dépôt est la remise qu'une des parties fait à un notaire d'un acte privé afin que ce document soit placé et conservé au rang de ses minutes. Il a pour effet de garantir les intéressés contre les cas de perte ou de destruction de l'acte et de lui donner date certaine.

Ce sont là les seuls avantages qu'il présente, car le fait du dépôt ne purge pas l'acte qui en est l'objet des irrégularités de forme et de fond qu'il peut contenir, il ne lui donne aucune plus-value juridique et en cela il ne répond pas aux idées maîtresses précédemment tracées.

L'authentication au contraire a de plus sérieux effets. Le

1 Cons. certain commentaire de Laurent, dans *Principes de Droit civil*, 3e éd., Paris, Marescq, 1878, t. XXIX, p. 148 et ss., n° 127 à 130, et les ouvrages du notariat déjà cités.

2 V. le compte rendu du discours de M. Delapalme, *Moniteur* de 1855, nos des 17 et 18 janvier.

3 C'est que l'idée de consolidation de la propriété foncière n'en était encore qu'à ses prodromes et que l'on évitait ainsi de porter une atteinte plus sensible aux principes du Code Napoléon considéré comme une « arche sainte ».

notaire dresse sur les bases du sous seing privé un acte public rectificatif. L'authenticité en découle avec les avantages y attachés [1].

Ce procédé plus complet est séduisant à première vue; mais si on l'étudie de plus près, on s'aperçoit vite qu'il ne répond pas aux nécessités de la pratique.

Laissant subsister à l'origine l'usage de l'acte privé, il n'offre aucune résistance à la fraude; si l'intervention de l'officier public permet de corriger certaines irrégularités, elle est sans effet sur les imprudences commises, sur les nullités en puissance; elle ne pallie que faiblement aux déboires qui en découlent et aux procès qu'elles suscitent [2].

D'autre part, le dépôt en vue de l'authentication doit être « *l'œuvre commune et collective des parties* ». Le mauvais vouloir ou la mauvaise foi de l'une d'elles peut proroger indéfiniment cette formalité, le décès ou l'inertie d'héritiers peuvent la paralyser, la survenance de causes d'incapacité lui opposer un obstacle définitif.

Objectera-t-on qu'une sanction pourrait contraindre les réfractaires et rendre l'authentication strictement obligatoire?

Il est permis d'en douter. Toute contrainte autre que la nullité est tardive, illusoire même [3]. L'expérience révèle qu'il n'y a de sanction juridique vraiment efficace que dans la nullité radicale.

En outre, prescrire l'authentication des actes entre vifs,

1 Un système hybride, le dépôt reconnaissance a sur le simple dépôt le seul avantage de prévenir les dénis d'écriture et de signature; mais, outre qu'il nécessite la réunion postérieure des parties, il présente tous les autres inconvénients du simple dépôt.

2 Ce procédé du simple dépôt pourrait à la rigueur être étendu, quoique dans de bien mauvaises conditions, aux transmissions testamentaires. Mais, il laisse entière la question de la publicité des mutations *ab intestat*, de beaucoup les plus importantes après décès, et conduit encore à adopter une dualité de dispositions qu'il convient d'éviter.

3 Voyez p. 145 et ss.

Lorsque dans un intérêt supérieur le législateur veut imposer une formalité juridique, il a toujours recours à la nullité. La loi du 23 mars 1855 porte à cette règle une exception peu heureuse.

n'est-ce point porter une nouvelle et très grave atteinte au principe du consensualisme, dont l'acte privé est le rempart apparent, sans en retirer de précieux avantages, et élargir ainsi, d'une façon maladroite, le domaine du formalisme? N'est-ce point enfin laisser subsister, à défaut de sanction efficace, les lacunes volontaires et poser sans la résoudre la question de la publicité des mutations après décès.

Pour porter entièrement ses fruits, l'intervention notariale doit se produire avant tout engagement formel sur lequel on ne peut revenir, ou encore dès que par l'effet de la loi, de la volonté unilatérale, le droit de propriété est transféré à un nouveau titulaire. La plénitude des bienfaits de l'authenticité réside en cette condition.

CHAPITRE TROISIÈME

LA DÉFAVEUR DE L'ACTE PRIVÉ ET LA PRÉPONDÉRANCE DE L'AUTHENTICITÉ DANS LA PUBLICITÉ DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

TRAITS DISTINCTIFS ET FONDEMENTS DE L'AUTHENTICITÉ

L'étude du Droit comparé révèle un fait remarquable. Il n'est pas d'exemple que l'acte privé soit admis à la publicité sans être soumis au préalable à la condition d'authenticité.

Cette authenticité n'est pas nécessairement notariale. Elle peut être notariale ou judiciaire au gré des parties, uniquement notariale ou encore mixte, c'est-à-dire superposée [1]. C'est en cela que résident ses traits distinctifs.

Quant aux fondements de cette authenticité, en concordance parfaite avec les notions antérieurement dégagées, ils puisent avant tout leur source la plus profonde dans la nécessité d'entourer l'opération immobilière des plus complètes garanties afin de lui conférer une stabilité seule génératrice du crédit et de la circulation. Cette constatation découle suf-

[1] Nous entendons par authenticité notariale celle conférée par un officier public, notaire ou assimilé, certaines législations, en nombre restreint cependant, ne possédant pas un corps notarial proprement dit mais une organisation similaire. V. Defrénois, *Résumé de législation étrangère, Droit notarial-Droit civil,* Paris, 40, rue d'Assas, 1901.

fisamment des mesures prises par les différentes législations étrangères pour qu'il soit inutile de s'appesantir longuement sur ce sujet. En revanche, il est intéressant de faire une incursion dans deux manifestations législatives les plus voisines et les plus modernes, le Droit suisse et le Droit allemand, qui retiendront plus particulièrement et à juste titre l'attention.

Quoi qu'il en soit, l'authenticité est, dans son principe, la règle qui ne souffre pas d'exception [1].

SECTION I. — PREMIER GROUPE DIT « FRANÇAIS »

(PERSONNALITÉ ET OPPOSABILITÉ RELATIVE)

Les législations belge, italienne, roumaine et monégasque, inspirées du Droit français, établissent une publicité identique à la nôtre dans son principe et dans sa forme.

Quelques différences séparent cependant les législations de ce groupe. Les unes étendent la publicité aux actes déclaratifs, sans jamais aller au-delà ; d'autres bénéficient d'un mécanisme plus perfectionné. Mais ce qui les sépare complètement du Droit français, c'est leur accord unanime à exclure l'acte privé du bénéfice immédiat de la transcription [2].

[1] Nous négligerons de donner un aperçu même sommaire du mécanisme des publicités étrangères pour ne point sortir du cercle de nos préoccupations. On trouvera d'ailleurs une copieuse documentation dans les auteurs cités p. 15, note 2, cette matière ayant fait, plus que toute autre peut-être, l'objet d'études approfondies.

[2] Et c'est un argument considérable en faveur de notre thèse, surtout si l'on tient compte de l'ancienneté de ces législations.

Seul le Grand Duché de Luxembourg, encore régi par notre Code, accorde au sous seing privé cette faveur exceptionnelle Cependant un projet de loi ouvrait les registres du conservateur aux seuls actes authentiques. Sur le point d'aboutir en 1893, ce projet a été provisoirement soustrait par le gouvernement Grand Ducal à une délibération définitive, « sans doute pour pouvoir profiter des travaux accomplis par notre Commission extra-parlementaire du Cadastre ». V. Paul MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Paris, 1896, p. 89.

Ce projet est longuement commenté dans WORMS, *De la propriété consolidée*, Paris, Dentu, 1888, p. 199 et ss. sous le titre : « Réforme Luxembourgeoise ».

Ainsi, ces législations qui ont copié parfois servilement nos institutions, auxquelles les événements politiques les ont le plus souvent imposées, n'ont pas admis ou ont refusé d'admettre à la publicité le sous seing privé dans sa forme première. Elles ont prononcé son entière exclusion ou exigé son passage au crible d'une reconnaissance préalable [1]. Enfin, celle-là même qui a adopté intégralement notre Code a réagi depuis longtemps et serait déjà soumise à l'authenticité pure et simple n'était une interruption dans les travaux législatifs. Sans jouer au prophète on peut prévoir que le Luxembourg conservera dans l'avenir la forme authentique quelle que soit la direction imprimée à la publicité.

[1] *Cf.* Loi belge du 16 décembre 1851, art. 2, dans les *Codes belges*, 4e éd., annotée par DELEBECQUE et HOFFMAN, Bruxelles, de Becq, 1882. « Les jugements, les actes authentiques et les actes sous seing privé reconnus en justice ou devant notaire seront seuls admis à la transcription. »

Code civil italien, trad. PRUDHOMME, Paris, Pedone, 1896, art. 1835. « La transcription ne peut être opérée qu'en vertu d'une sentence, d'un acte public ou d'un acte sous seing privé. Les actes, toutefois, résultant d'écrits sous signature privée, ne peuvent être transcrits si les signatures des contractants n'ont pas été authentiquées par un notaire ou reconnues en justice. »

Loi roumaine du 27 juin 1886, sur l'authenticité des actes, art. 5, dans *Annuaire de législation étrangère*, 1886, p. 682 : « Les testaments et les contrats translatifs de propriété immobilière, ou constitutifs de droits réels immobiliers, restent exclusivement de la compétence des tribunaux de District ». En effet, le corps notarial n'est point constitué en Roumanie et ses fonctions sont dévolues aux autorités judiciaires. V. *Annuaire de législation, loc. cit.* et DEFRÉNOIS, *Résumé de législation étrangère, Droit notarial-Droit civil*, Paris, 40, rue d'Assas, 1901, p. 252, n° 1366.

Dans la Principauté de Monaco, une expédition authentique de l'acte ou du jugement translatif est exigée pour la transcription. V. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 204.

Nous faisons, dans le groupe français, une place à part à la législation des Pays-Bas qui, adoptant la transcription comme mode de publicité et exigeant l'intervention notariale, « extrait authentique », — *Codes néerlandais*, trad. TRIPELS, Paris, Rousseau, 1886, art. 671 — se distingue de toutes les législations précédentes par un côté original. La propriété des immeubles s'acquiert par tradition, laquelle s'effectue par la transcription de l'acte dans les registres publics à ce destinés.

En somme, l'esprit de ces textes manifeste clairement l'aversion du législateur étranger à publier sans autre forme un acte aussi fragile que l'acte privé.

Pour tant que la loi de l'unanimité soit discutable, on ne peut nier l'importance de ces constatations [1].

SECTION II. DEUXIÈME GROUPE

(RÉALITÉ ET OPPOSABILITÉ ABSOLUE)

Envisagé du seul point de vue de ses véritables stigmates juridiques et non point selon ses origines, ce groupe présente deux compartiments qui se distinguent, surtout en ce qui intéresse cette étude, par la présence ou l'absence d'un acte générateur de la transmission. Cette divergence explique la subdivision en groupements germanique et australien [2].

§ 1. *Groupement germanique*

On rattache habituellement au groupement germanique les systèmes allemand, suisse, espagnol, portugais, et les anciens système austro-hongrois et russe.

Bien des différences les séparent du système type français, parmi lesquelles, et dans l'immense majorité des cas, la règle

1 On pourrait se demander pourquoi ces sursauts d'indépendance ne sont pas manifestés dans le Droit italien et luxembourgeois d'une façon plus énergique ou plus rapide. Seul, un examen approfondi des travaux préparatoires pourrait peut-être mettre en évidence les raisons qui ont entravé l'essor complet de cette rébellion contre l'emprise de notre Code. Mais nos moyens d'investigation sont insuffisants pour effectuer ces recherches.

Pourtant, quelles que soient les raisons diverses qui ont pu mettre un frein à ces tendances manifestement séparatistes du Droit français et abstraction faite des motifs politiques — séparation du Grand Duché en 1814, réaction italienne contre le Code Napoléon à cette même époque — il semble que la peur de porter un trop rude coup, peut-être un coup mortel à la théorie de la toute puissance du vouloir individuel ait surtout paralysé un mouvement de réaction si manifestement dessiné, au même titre que cette crainte, sans fondement profond, a immobilisé en France depuis bien des années toute tentative d'amélioration efficace.

2 Il est d'autres différences déjà signalées, le caractère facultatif de l'immatriculation et ses effets irréfragables même entre les parties, ce qui, sans insister davantage, est une faiblesse et un abus. Voyez p. 16, note 1.

de l'authenticité notariale, subordonnée parfois à un contrôle plus ou moins rigoureux de la transmission avant toute inscription au Livre Foncier [1]. L'ensemble de ces législations n'admet donc à la publicité que l'acte authentique et, exceptionnellement, l'acte privé revêtu de la forme judiciaire.

Mais l'admission à la formalité d'un acte sous seing privé légalisé — Autriche-Hongrie — ou d'un jugement confirmatif — Espagne — ne laisse pas subsister, dans ces modes de publicité, certains inconvénients de fond et tous ceux de forme qu'entraîne la transcription de l'acte privé reconnu en justice dans les système du groupe français.

En effet, après une reconnaissance judiciaire qui confirme la transmission, l'intervention de l'officier public préposé aux inscriptions entoure le transfert, au fond, d'autres garanties qui pourraient encore lui faire défaut. Quant aux inconvénients de forme, ils sont inexistants au contact d'une organisation réelle, une analyse excessivement succincte du titre étant seule effectuée sur le feuillet consacré à l'immeuble par le préposé aux inscriptions [2].

[1] *Cf. Code civil allemand,* trad. *Office de Législation étrangère et de Droit international,* Paris, Pichon, 1923, art. 313. « Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée ».

Code civil suisse, annoté par Rossel, Payot, Lausanne, art 657. « Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique ».

Code civil portugais, trad. Laneyrie et Dubois, Paris, Imp. nat., 1886, art. 978. « Sont seuls susceptibles d'être inscrits définitivement :... 4° les écrits, testaments ou autres documents authentiques ».

Loi espagnole du 8 février 1861, art. 3 — cité par Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891, p. 324. — Les registres fonciers ne sont ouverts qu'aux « actes publics, aux jugements exécutoires ou à tel autre document authentique émanant de l'autorité judiciaire ou du Gouvernement et de ses agents ».

En ce qui intéresse les anciennes législations austro-hongroise — V. Besson, *op. cit.,* p. 303, note 1. « Les inscriptions ne peuvent être requises qu'en vertu d'actes authentiques ou sous seing privé légalisés. » — et russe — « les notaires étaient en même temps conservateurs des livres fonciers. » V. Besson, *op. cit.,* p. 315.

[2] Peu importe que l'acte privé constatant l'opération manque de clarté ou soit peu intelligible. Cet acte ne figurera pas sur les registres par le

Pourtant, ces atténuations très sensibles aux défectuosités de l'acte privé n'ont pas empêché la plupart de ces législations d'accorder à l'acte notarié une place prépondérante. Quelles sont donc les raisons de cette estime particulière?

Si l'on interroge le Droit suisse et le Droit allemand, partant de concepts plus modernes, mieux à notre portée que les autres législations pour pénétrer leur esprit, il appert que cette faveur est due tant à la nécessité économique et sociale d'entourer les transmissions immobilières d'entières garanties qu'à la supériorité et aux avantages manifestes d'une intervention notariale ou assimilée.

I. Le double fondement de l'authenticité dans le Droit suisse [1]. *L'importance du principe de légitimation.* — Il semble que l'on puisse donner à l'authenticité exigée par le Droit suisse un double fondement: le premier sociologique, qui découle de la fonction économique précédemment attribuée à la terre; le second, purement juridique.

1° *Portée sociale des transactions immobilières.* — S'il faut en croire les commentateurs les plus autorisés, c'est la portée sociale de l'opération immobilière qui sollicite l'intervention notariale [2].

procédé de la copie ou du simple classement. Le conservateur effectuera seulement quelques prélèvements — identité des parties, montant du prix, charges — et portera ces seules indications sous la rubrique de l'immeuble. La désignation elle-même sera nécessairement précise étant donnée la régularité du Cadastre et du Livre Foncier.

1 Le Code civil suisse est entré en vigueur le 1er janvier 1912. On pourra utilement consulter les textes dans: *Code civil suisse*, annoté par Rossel, Payot, Lausanne; Curti-Forrer, *Commentaire du Code civil suisse*, trad. Porret, Paris, Sirey, 1912, et Fick, *Commentaire du Code fédéral des obligations*, Paris, Sirey, 1912, qui seront donnés en référence de la façon suivante: *C. c. s.*, Rossel; *C. c. s.*, Curti-Forrer; *C. o.*, Fick.

Nous étudierons en premier lieu cette législation en raison de l'importance qu'elle présente eu égard à l'authenticité notariale et en vue de l'élaboration d'une réforme.

2 « La nécessité de la forme authentique se justifie avant tout en considération de la portée sociale des transactions immobilières. » V.

Les reproches que l'on adresse à l'acte privé ont, dans les brèves diatribes que lui consacre la littérature juridique suisse, un fonds commun avec les précédentes critiques [1]. Il serait fastidieux de se livrer à ce sujet à des développements que l'on pourrait fort justement taxer de redondances.

Ce qu'il y a de curieux dans cette législation nouvelle et qui fait émerger l'intérêt plein de confiance que porte le législateur suisse à l'authenticité, c'est d'abord le fait d'y avoir soumis même les promesses de contracter; enfin, la façon originale avec laquelle il réglemente cette authenticité dans un pays où les coutumes et les lois étaient disparates avant l'apparition du Code.

WIELAND, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 151, al. 1 et sous le n° 1. « Les contractants doivent être protégés contre des ventes trop précipitées (contrats conclus au cabaret par exemple). La forme notariée ou publique les engage à réfléchir sur les suites et la portée de l'acte qu'ils vont conclure; elle les oblige à exprimer leur volonté sous une forme claire et certaine. » Enfin, p. 152 « Une série de points sont à fixer d'une manière approfondie et réfléchie; les parties ont besoin, en pareil cas, des conseils d'une personne experte... » Comp. ce qui a été dit ci-dessus p. 66, note 1.

1 On retrouve les mêmes termes: défaut de protection des parties, fraudes, abus, procès, etc.

Au nombre des abus, il en est un, la spéculation immobilière, dont le degré d'intensité a obligé le législateur à intervenir.

Des agents d'affaires achetaient, sous le couvert de l'acte privé, d'importantes propriétés et annonçaient leur revente morcelée à grand renfort de publicité. Ils réalisaient ainsi des bénéfices considérables, la vente fractionnée d'un domaine étant plus lucrative que sa cession en bloc; mais la « propriété naine » ainsi formée ne présentait plus les mêmes facilités d'exploitation. Ces démembrements excessifs qui ne tarissaient pas étaient considérés comme nuisibles. Ne parle-t-on pas sans cesse du remembrement de la propriété rurale?

Pour enrayer ce fléau, deux remèdes étaient possibles et furent appliqués: l'aggravation des formes légales de la vente, obtenue par la nécessité de l'authenticité — *cf. C. c. s.*, ROSSEL, art. 657 — et la restriction législative du droit d'aliéner avant un certain délai les exploitations agricoles — *Cf. C. o.* FICK, art. 218. V. sous cet article, n° 3: « l'intervention d'un officier public a été exigée dans le but de faire cesser les tripotages immobiliers et les menaces des courtiers marrons »; et plus loin, n° 7: « c'est l'association suisse des paysans qui a la première demandé la réglementation de cette question ».

V., en outre, BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918, p. 93, n° 913.

A) Promesses de contracter. — Ce n'est pas sans quelque hésitation que l'on a étendu la forme authentique aux promesses de contracter.

N'était-ce point une innovation exagérément formaliste et une mesure favorable aux manques de parole que de laisser subsister un délai, même restreint, entre l'accord et sa constatation authentique? Telles étaient les questions que se posèrent les rédacteurs.

Le projet de loi présenta donc la simple forme écrite, tout en accordant une faculté réciproque de résiliation à bref délai et en prescrivant une échéance extinctive de l'engagement pour ne point trop laisser, à l'égard des tiers, la propriété dans un état redoutable d'incertitude.

Mais on s'aperçut bien vite qu'en réalité la promesse de contracter est plus grave encore que la vente pure et simple en raison des dangereuses clauses pénales qu'elle contient dans la plupart des cas et, cette considération pratique l'ayant emporté sur des scrupules traditionnels, la forme authentique fut prescrite [1].

B) Réglementation de l'authenticité. — D'autre part, le moyen par lequel le législateur suisse tranche la question de l'authenticité, afin d'avoir la certitude qu'elle ne sera point détournée des fins qu'il lui assigne, semble corroborer plus nettement encore ce premier fondement.

Avant l'apparition du Code, chaque canton était soumis à une législation propre et l'authenticité revêtait avec des caractères très différents, des applications variées [2].

Le Code fédéral, après avoir posé la règle de l'authenticité, avait le choix entre deux procédés tout indiqués: faire table rase des lois et coutumes de chaque canton en établissant une réglementation d'ensemble, ou bien se borner à prescrire

1 *Cf. C. o.*, Fick, art. 216, al. 2. « Les promesses de vente et les pactes d'emption et de réméré ne sont valables que s'ils ont été faits par acte authentique ». V. encore *loc. cit*, n° 11 et Bordeaux, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918, p. 91, n° 304.

2 V. Defrénois, *Résumé de législation étrangère, Droit notarial-Droit civil*, Paris, 40, rue d'Assas, 1901, p. 385 et ss.

l'authenticité, tout en conservant aux cantons leur liberté traditionnelle d'organisation et d'adaptation. Il a, au contraire, choisi un troisième moyen.

Laissant aux cantons le soin de désigner les officiers publics compétents — notaires ou assimilés, greffiers, secrétaires municipaux, conservateurs même du Registre Foncier —; de fixer leur ressort territorial et de préciser les règles de pure forme — réception, rédaction, présentation, choix des témoins, nécessité d'utiliser parfois des formules types de vente —, le Code fédéral s'est attribué le soin de déterminer le contenu de l'acte, c'est-à-dire les éléments essentiels touchant le fond de l'opération [1].

Les règles de pure forme authentique, à plus forte raison, celles de compétence personnelle et territoriale, ont en effet peu d'importance dans un système de publicité fondé sur la légitimation des transferts, et qui doit s'attacher essentiellement à la détermination du contenu, sans divergence aucune [2].

[1] *Cf. C. c. s.*, ROSSEL, titre final, art. 52 à 55, p. 330.

[2] Sur le contenu de l'acte authentique, les attributions et les devoirs des fonctionnaires instrumentant, V. WIELAND, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 149 à 157 inclus, n° 1 à 8.

Malgré la diversité des compétences, les attributions fondamentales de ces officiers publics deviennent identiques. Ils sont considérés par la Loi comme des conseillers, des vérificateurs, des rédacteurs.

Conseillers des parties, ils doivent les éclairer, dans la mesure de leurs connaissances et de leur pouvoir, sur la portée de leurs actes, les avertir des conséquences de tous agissements illicites, modérer leurs emportements irréfléchis et veiller à leurs intérêts.

Leur rôle de vérificateur les oblige aussi à constater la concordance des déclarations foncières avec toutes inscriptions au Registre Foncier; à s'entourer des justifications portant sur l'identité, la capacité des contractants, la validité des pouvoirs; à exiger le concours des intéressés et s'assurer de la liberté et de la validité du consentement, de la bonne foi transactionnelle, de la fixation du paiement du prix ou de l'exécution trait pour trait des prestations et des contre-prestations.

Enfin, leur qualité de rédacteurs les oblige à une « relation exacte, claire et complète du contenu de l'acte ». V. WIELAND, *op. cit.*, t. I, p. 152, n° 1 in-fine.

Or, laisser aux cantons les plus larges pouvoirs d'appréciation relatifs au fond de l'opération, n'était-ce point risquer un échec complet du système sous l'influence des difficultés intellectuelles d'adaptation dues aux traditions différentes, à l'incompréhension, à l'indifférence, à la routine même? Tandis que prescrire le contenu, c'était pour le Droit suisse poser des assises solides largement suffisantes à la réalisation des aspirations fédérales. C'était aussi consacrer d'une façon heureuse et conciliatrice sa préoccupation dominante et l'autoriser à fin d'observation rigoureuse de ses prescriptions, à instaurer des sanctions d'où découlerait une entière et égale responsabilité favorisant l'observation non seulement de la lettre, mais encore et par dessus tout de l'esprit de la loi [1].

Ainsi, la « *portée sociale des transactions immobilières* » justifie « *avant tout* » l'authenticité. Pour qu'on la renie dans notre Droit, ces transactions n'ont-elles pas la même importance?

C) Atteintes à la règle de l'authenticité. — Il faut cependant signaler quelques exceptions insignifiantes à cette règle [2]. Mais il est une dérogation plus importante. Au cas

[1] Nous interprétons certes cette réserve législative comme une manifestation du souci d'unité qui a guidé les rédacteurs du Code suisse et aussi du désir de ne point trop perturber le cadre existant d'organisations publiques depuis longtemps décentralisés et autonomes. Mais nous voulons y voir, outre cela, une application justificative du premier fondement donné à une authenticité dont le rôle important ne permettait pas de livrer entièrement cette institution aux caprices du Droit cantonal.

[2] 1° Les servitudes foncières. *Cf. C. c. s.*, ROSSEL, art. 732. La forme authentique était cependant exigée par le premier projet; mais la Commission d'experts jugeant que « les servitudes n'entraient pas dans le domaine des transactions et ne représentaient pas des valeurs économiques considérables », la simple forme écrite fut adoptée. V. WIELAND, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 492, n° 1 sous l'art. 732.

Les constitutions d'usufruit et autres charges foncières restent cependant soumises à l'authenticité. *Cf. C. c. s.*, CURTI-FORRER sous l'art 746, n° 11 et sous l'art. 783, n° 9 renvoyant aux art. 656 et ss. Il en est de même des droits distincts et permanents — droit de superficie, concessions hydrauliques, etc. — V. WIELAND, *op. cit.*, t. I, p. 150, n° 1, al. 1er.

2° Les pactes de préemption. *Cf. C. o.*, FICK, art. 816, al. 2, « La forme écrite suffit pour les pactes de préemption ».

de partage de succession l'acte sous seing privé peut être soumis à la formalité [1].

Le législateur a hésité à imposer la forme authentique en raison du caractère d'universalité des partages dans lesquels les immeubles peuvent faire défaut, entrer seulement pour une faible part. Il eût été cependant plus juridique de distinguer les partages mobiliers des partages immobiliers et de soumettre à l'authenticité ces seuls partages et les partages mixtes.

Cette défectuosité de principe est d'ailleurs compensée, quant à la forme, par le mécanisme réel de la publicité, et, quant au fond, par les justifications de la dévolution que doivent fournir les héritiers et les légataires.

Bien que ces dernières considérations n'aient pas été soulevées, la Doctrine, très fortement attachée à la règle de l'authenticité, fait un grief à la loi de ce défaut d'unité et n'hésite pas à conseiller la forme authentique [2].

On peut ajouter que cette mesure d'exception est d'autant plus critiquable que l'authenticité est exigée pour des transmissions offrant comparativement bien moins de prise aux difficultés de toute sorte que soulève le partage, opération contractuelle très délicate.

D) L'authenticité et les transmissions après décès. — Les

Le contrat de préemption est « la convention par laquelle une personne donne à une autre personne le droit d'exiger d'elle le transfert de la propriété d'une chose dès qu'elle consentira à la vendre à un tiers ». *Cf.* FICK, sous l'art. 816, n° 15. V. n° 14 les raisons peu convaincantes qui ont fait rejeter l'authenticité.

3° Les résiliations de ventes, les transferts de droits résultant du contrat, les cas où le propriétaire est par la loi obligé au transfert. V. WIELAND, *op. cit.*, t. I, p. 155, n° 4, *in fine*.

[1] *Cf. C. c. s*, CURTI-FORRER, p. 732, Ordonnance sur le Registre Foncier du 22 février 1910, art. 18, al. 3, sur la justification à produire pour l'inscription de la propriété. « En cas de partage de succession : une déclaration écrite constatant le consentement unanime des héritiers ou un acte de partage dressé en la forme authentique. »

[2] Comp. ROSSEL et MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. II, p. 34 et, p. 35, sa conclusion : « ...ce qui n'empêche pas que nous recommandions l'acte authentique comme plus sûr à tous égards ».

transmissions *ab intestat* n'ayant aucun titre à l'origine ont été selon les principes soumises à l'authenticité.

La justification de la dévolution héréditaire est en effet entourée de difficultés que l'on imagine aisément. Elle soulève des questions de parenté, de proximité de degré, de notoriété souvent délicates. Aussi, la loi exige-t-elle la production d'une pièce justificative sérieuse: un « *certificat de l'autorité compétente aux termes du droit cantonal* » établissant le bien fondé de la transmission [1].

1 *Cf. C. c. s.*, CURTI-FORRER, p. 732, Ordonnance sur le Registre Foncier du 22 février 1910, art. 18, al. 4, sur la justification à produire pour l'inscription de la propriété. « En cas de succession: 1° Lorsque l'inscription est requise soit par les héritiers légaux, soit par les héritiers institués, un certificat constatant qu'ils sont les seuls héritiers du défunt;

2° Lorsque l'inscription est requise par le légataire, une copie du testament dans le sens de l'article 558 du Code civil ».

Par « autorité cantonale compétente », il faut entendre tous officiers publics précités, c'est-à-dire les membres de l'organisation notariale ou assimilée.

La valeur juridique de ce certificat de propriété a attiré notre attention. Mais, l'absence de toute « dissertation » le concernant nous a conduit à demander à M. Wieland, professeur à l'Université de Bâle, des explications à ce sujet. Fort obligèamment le savant professeur nous a répondu le 11 juin 1923.

D'après lui, le certificat d'héritier « vise seulement l'inscription au Registre Foncier. C'est ce qui le distingue de l'*Erbschein* du Droit allemand... qui fait preuve dans tous les cas et sert à l'héritier comme pièce justificative... Il — le certificat suisse — n'est pas de l'ordre du Droit privé mais du Droit administratif... Ce qui est essentiel, c'est sa portée restreinte ». Mais M. le professeur Wieland ajoute: « Il va sans dire qu'en pratique... il... sert comme preuve aussi en d'autres circonstances, mais... il... n'a pas la force probante... par la force de la Loi comme l'*Erbschein* allemand ».

Sans entrer dans d'autres considérations en faveur de nos développements relatifs à la nécessité d'un titre sérieux au seul point de vue de la preuve, cela paraît encore confirmer le souci du Législateur suisse de chercher dans l'authenticité les garanties qu'exigent les transmissions immobilières. La loi n'accordera au certificat la force probante qu'après l'inscription au Registre Foncier, mais la sécurité emportée par l'authenticité est telle en fait, que ce simple certificat « sert de preuve en d'autres circonstances », la formalité d'inscription n'étant au fond qu'une consécration définitive d'une entière foi publique uniquement conférée aux registres, comme nous ne tarderons pas à le voir, en raison de la seule origine authentique du certificat d'héritier.

Cette règle a même débordé sur les transmissions testamentaires. Les héritiers institués sont soumis, au même titre que les successibles purement héréditaires, à la production du certificat de propriété [1].

Mais le législateur suisse n'a-t-il pas conservé, en matière testamentaire, la forme olographe? [2]

Il n'avait aucune raison plausible d'exiger l'authenticité à l'égard de ces dispositions, à moins de sacrifier une institution séculaire ou de la limiter à des cas purement exceptionnels. En effet les motifs traditionnels qui militent ici en faveur de la liberté des formes l'emportent sur toutes autres raisons d'autant qu'on peut y suppléer par ailleurs. L'intervention publique ne présente aucune urgence, aucun intérêt d'ordre supérieur, elle aurait même pu passer pour inquisitoire.

Cependant, si cette intervention n'est pas concomitante au testament, elle est contemporaine du décès et privative d'inscription au registre foncier tant que l'on n'a pas présenté au conservateur une copie des clauses testamentaires concernant les légataires [3].

Cette copie est délivrée par l'officier public dépositaire du testament, lequel ne peut recevoir un commencement d'exécution qu'après l'accomplissement de formalités à peu de chose près comparables à celles qui fonctionnent en France [4]. En fait l'authenticité reçoit ici une application constante quoique indirecte.

1 Voyez ci-dessus p. 106, note 1.

2 *Cf. C. c. s.*, Rossel, art. 498: « les testaments peuvent être faits soit par acte public, soit dans la forme olographe, soit dans la forme orale ».

Les art. 506, 507 et 508 édictent des mesures de précaution qui font du testament oral admis dans des « circonstances particulières » un acte semi-public.

Le pacte successoral doit être reçu dans la forme du testament public. *Cf.* art. 512, *op. cit.*

3 *Cf. C. c. s.*, Rossel, art. 558 et § 2 de l'article relaté, p. 106, note 1.

4 *Cf. C. c. s.*, Rossel, art. 556 et 557, prescrivant les formalités de communication et d'ouverture.

Ainsi, à quelques exceptions près, le titre ou la pièce soumis à la publicité sont authentiques ou suivent la filière de l'authenticité. Ces mesures sont significatives, elles confirment et généralisent ce premier fondement sociologique de l'authenticité que l'on peut dégager de la Législation suisse.

2° *La coordination des principes promoteurs de la Foi Publique.* — Dans un système probant on ne peut accorder aux registres cet élément consolidateur par excellence, la Foi Publique, si l'on n'admet pas à la publicité un titre certain. Or la validité de la transmission ne peut être acquise qu'au prix d'une vérification des divers éléments constitutifs de la mutation immobilière, vérification qui peut être une — principe de Légitimation du Droit suisse et principe de Légalité appliqué au contrat abstrait du Droit allemand — ou juxtaposée — principes d'authenticité et de légalité combinés du Droit allemand.

Dans le Droit fédéral, cette vérification première par l'officier public est unique, c'est sur elle que repose l'ensemble du système. On peut dire que l'authenticité permet l'application et la coordination des principes qui gravitent autour d'elle et c'est en cela que semble résider le fondement juridique de l'authenticité.

On rencontre dans la Législation suisse quatre principes concurrents: Inscription, Légitimation, Vérification et Foi Publique [1].

Le « *principe absolu de l'inscription* » exige, pour que la reconnaissance des droits réels soit obtenue, l'inscription au Registre Foncier [2].

1 Comp. BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918, n° 137 et ss.; *C. c. s.*, CURTI-FORRER, p. 512, n° 656; ROSSEL et MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. II, p. 7 et 32; WIELAND, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t I, p. 10, n° 2, a, b, c, d.

2 *Cf. C. c. s.*, ROSSEL, art. 656, al. 1: « L'inscription au Registre Foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière ».

Cependant une importante restriction diminue la portée de ce principe. L'acquisition a lieu avant l'inscription dans quelques cas spéciaux [1].

Pour concilier cette disposition confirmative d'un fait ou de principes supérieurs avec les nécessités de la publicité, le législateur fait de l'inscription non pas la condition essentielle de l'acquisition, mais seulement la condition de l'entière disposition du droit [2]. Le nouveau propriétaire peut exploiter l'immeuble, prendre des engagements personnels, partager, exercer des actions réelles ou possessoires, sans que son droit d'exercice puisse jamais, à défaut d'inscription, s'étendre aux « *actes de disposition susceptibles de déployer des effets réels* » [3].

Mais pour que cette « reconnaissance » du droit soit effectuée à bon escient, il faut l'entourer de garanties. On ne peut autoriser l'accès du Livre Foncier aussi inconsidérément que l'on ouvre en France le registre des transcriptions en raison des effets accordés à l'inscription, laquelle ne peut être effectuée que des actes et des faits possédant les qualités requises par la loi. En conséquence l'inscription est subordonnée au « *principe de légitimation* » du droit, nouvelle condition nécessaire [4].

Purement abstrait, ce principe exige et entraîne donc un

1 *Cf. C. c. s.*, Rossel, art. 656, al. 2 : « Celui qui acquiert un immeuble par occupation, succession, expropriation, exécution forcée ou jugement, en devient toutefois propriétaire avant l'inscription, mais il n'en peut disposer dans le Registre Foncier qu'après que cette formalité a été remplie ».

2 C'est le « Principe relatif de l'inscription ». V. Wieland, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 10, n° 2, a.

3 *Cf.* Wieland, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse, trad.* Bovay, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 148, n° 9, *in fine*.

On peut dire que cette limitation du droit de disposition est le levier de l'inscription en l'absence duquel ces transmissions pourraient être soustraites à la publicité.

4 L'inscription, dont les effets sont considérables doit nécessairement reposer sur une cause juridique valable.

examen rigoureux de la transmission d'où découlera la justification de la légitimation. Le « *principe de la vérification* » apparaît provoqué par le principe de légitimation. Or, s'il est exact que c'est pour cet autre motif « *que la loi présente la forme authentique* » n'est-on pas autorisé à donner à l'authenticité ce fondement juridique qui paraît être implicitement reconnu par le législateur ? [1]

Malgré toutes ces précautions, une inscription injuste peut se produire. Le rétablissement de l'état de droit préjudicierait alors à ceux qui ont traité sur la foi de l'inscription et troublerait profondément la sécurité des transmissions. Aussi, le législateur admet un nouveau et dernier principe de consécration et de force, la « *Foi publique due au Registre Foncier* » ou « *valeur juridique positive de l'inscription* ». Il permet de considérer l'inscription comme exacte au profit du tiers acquéreur qui conserve ainsi le bénéfice du droit même si, exceptionnellement, l'aliénateur inscrit n'est point propriétaire.

Ce dernier principe, qui paraît devoir suppléer à une faiblesse éventuelle du principe de vérification et semble lui servir de complément, s'appuie sur lui en réalité. Le conservateur ne joue dans la vérification qu'un rôle accessoire, il

[1] « Le notaire ou le fonctionnaire chargé d'instrumenter doit vérifier l'ensemble des conditions d'acquisition du droit... C'est pour ce motif principalement que la Loi présente la forme authentique ». V. WIELAND, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. BOVAY, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 12, d et plus loin, p. 152, n° 1 « La forme authentique est en relation étroite avec la foi publique due au Registre Foncier et les dangers qu'entraine celle-ci ». V. BORDEAUX, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918. « Il résulte de la loi — foi publique — un sérieux danger : le véritable propriétaire, le titulaire d'un droit réel, risquent de se voir dépouiller de leur droit. La Loi cherche à éviter les abus, en prenant diverses précautions, telles que la nécessité d'un acte authentique pour les contrats translatifs de propriété immobilière ».

Comme nous le verrons, c'est le Corps notarial ou assimilé qui joue le rôle de vérificateur et non pas le conservateur dont les attributions sont effacées.

contrôle uniquement la « *concordance* » du droit de propriété chez l'auteur de la transmission [1].

L'authenticité est donc, sans nul doute, la pièce essentielle du mécanisme grâce à laquelle le principe de Foi publique peut être exploité en toute sécurité. Elle coordonne des principes dictés eux-mêmes par « *la portée sociale des transmissions immobilières* ». L'utile fonctionnement de ces principes dépend ici et uniquement de la mise en œuvre de l'authenticité [2].

Ainsi les deux fondements donnés à l'authenticité n'ont en aucune façon le caractère d'un doublet; ils puisent certes leurs racines à la même source que l'idée de publicité, mais ils ne se confondent pas, ils se superposent seulement, leur indépendance en justifie [3].

II. Fondements identiques de l'authenticité dans le Droit allemand [4]. *Survivance de l'ancienne investiture et suprématie du principe de Légalité.* — La publicité immobilière du Code civil allemand présente à nouveau quatre principes: Inscription, Authenticité, Légalité, Force probante, qui se séparent sur deux points des principes de la publicité suisse [5].

1 Le conservateur se livre à un examen de l'acte au seul point de vue de sa concordance avec les inscriptions déjà existantes. V. *C. c s.*, Curti-Forrer, art. 965, p. 665 et Wieland, *Les Droits Réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, Paris, Giard et Brière, 1913-1914, t. I, p. 12, n° 2, d et t. II, p. 545, n° 1 et ss. « Devoir de vérification du conservateur du Registre Foncier ».

2 On trouvera, sur la construction juridique et le fonctionnement pratique de la publicité immobilière suisse, des renseignements très précis dans l'important ouvrage de M. Wieland et l'excellente étude comparée d'un jurisconsulte savoisien, M. Bordeaux, *op. cit.*

3 On peut concevoir, en effet, un système de publicité qui, dénué de toute force probante, et méconnaissant en conséquence cette coordination des principes promoteurs de la foi publique, recherche la sécurité exigée par la portée économique et sociale des transmissions immobilières dans les seules vertus de l'authenticité.

4 Le Code civil allemand est entré en vigueur le 1er janvier 1900.

5 V. Michel, *Des imperfections de la Législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Dijon, 1904, p. 255 et ss.

Le principe de légitimation disparaît qui subordonne le transfert ou l'établissement du droit réel à la « *validité de l'acte juridique obligatoire* ». Il est seulement sous-entendu dans le principe d'authenticité destiné à fonder l'inscription sur l'autorité d'un titre « *simple et certain* » [1].

La raison de l'abandon de ce principe de légitimation semble facile à découvrir. Le Droit allemand reconnaît la validité du contrat réel, déclaration formaliste au bureau foncier, constitutive du droit, survivance de l'ancienne investiture [2]. L'admission de ce contrat réel sur de telles bases excluait

[1] V. MICHEL, *Des imperfections de la Législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Dijon, 1904, p. 256, n° 3.

[2] Sur cette investiture, cons. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891 ; MAGNIN, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Paris, 1896 ; MICHEL, *Des imperfections de la Législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Dijon, 1904 ; VALÉRY, *De la transmission à l'égard des tiers de la propriété immobilière*, thèse, Montpellier, 1889.

I. Origine. — BESSON, p. 248 et ss. ; MAGNIN, p. 94 et ss. ; VALÉRY, p. 155, n° 120.

II. Evolution. — BESSON, p. 262 et ss., à propos du système prussien de 1872. « L'acte de déssaisine ou d'investiture, préliminaire obligé de l'inscription du transfert, est, comme son nom l'indique, directement dérivé de solennités qui entouraient, dans l'ancien Droit, les aliénations de la terre féodale ».

MAGNIN, p. 102. Le législateur de 1872 « a considéré l'investiture comme la meilleure sanction de la publicité et la base la plus solide du système des livres fonciers ».

VALÉRY, p. 13, n° 119. « Bien que profondément modifiée dans son principe et dans ses conséquences, cette règle, — l'investiture — n'a jamais disparu complètement du Droit germanique ; les formalités à l'accomplissement desquelles les mutations de propriété immobilière sont subordonnées aujourd'hui même en Allemagne en dérivent directement ».

III. Survivance. — MICHEL, p. 257, à propos du contrat réel. Cette formalité, l'*ausflassung* « ...rappelle l'ancienne investiture »

Il convient de signaler cependant que le but politique de cette exigence a disparu pour faire place à un objectif économique et social. Comme l'a écrit M. BESSON, *op. cit.*, p. 262, « si l'Etat représenté par le juge foncier, joue dans la transmission de la propriété immobilière, le rôle qui incombait jadis au seigneur dominant, ce n'est point pour faire acte de souverain, mais pour procurer au nouveau possesseur et aux tiers qui contracteront avec lui le bienfait de la publicité ».

donc tout principe de légitimation antérieur; mais le législateur l'instaurait virtuellement en posant le principe d'authenticité pour le cas où le transfert du droit découlerait d'un contrat personnel, obligatoire [1].

D'autre part, la vérification du transfert, au lieu d'être entièrement effectuée par l'officier public comme dans le Droit suisse, repose sur le seul contrôle du juge foncier lorsqu'il s'agit d'un contrat réel, ou bien, quand le transfert puise sa source dans un contrat obligatoire, la vérification première qui découle de l'intervention de l'officier public est doublée de celle du juge foncier, selon le principe de légalité [2].

On peut se demander pourquoi l'authenticité n'a pas été soustraite au moins en partie au principe de légalité qui aurait pu ne porter que sur le contrat réel et sur le certificat d'héritier — l'*Erbschein* du Droit allemand [3].

C'est que ce principe de légalité, exige dans tous les cas l'intervention d'un représentant direct de l'autorité dans les transmissions immobilières [4].

1 La comparution personnelle des parties à fin de consentement à translation était rigoureusement exigée antérieurement à la loi du 1er janvier 1900. Ce « formalisme excessif » ayant soulevé de très vives critiques, la loi nouvelle a remédié à cette survivance archaïque du symbolisme en autorisant les parties à donner ce consentement par acte authentique. Cf. art. 29 de la Loi sur les livres fonciers dans *Code civil allemand,* trad. DE LA GRASSERIE, Paris, Pédone, 1907.

2 En somme, le principe de Légitimation est englobé dans le principe d'authenticité ou confondu avec le principe de Légalité; il conserve cependant une fonction confirmatoire initiale complétée par l'appoint de la Légalité ou vérification confirmative.

3 On trouvera dans LÉVY, *Le certificat d'héritier, étude comparée de Droit français et allemand,* thèse, Paris, 1911, une étude très complète de cette institution. Cf. en outre, art. 2353 et ss. du *Code civil allemand,* Paris, Imp. nat., 1904-1914, t. III et les commentaires sous cet article p. 891 et ss.

4 Il semble que l'on puisse faire un rapprochement curieux entre l'*ausflassung,* le principe de Légalité d'une part et la survivance de l'investiture. En effet, l'ancienne investiture exigeait pour sa perfection une comparution personnelle des parties et une intervention publique. Dans la Lé-

Le fondement de l'authenticité est-il donc différent dans ces deux importantes manifestations législatives récentes, le Droit allemand et le Droit suisse?

Malgré les divergences de principe que présente l'authenticité, il est indéniable que cette exigence du Code civil allemand n'est dictée, comme le sont toutes les précautions entourant les transmissions immobilières, que par la « *portée sociale* » de ces dernières [1]. En outre, il semble que l'on puisse, ici encore, reconnaître à l'authenticité notariale ou judiciaire ce second fondement qui paraît émaner du Droit suisse: la coordination des principes promoteurs de la force probante [2].

Au fond, l'opposition entre ces deux législations réside en leurs applications différentes de l'authenticité. Or, s'il est vrai que la pratique du contrat réel est de moins en moins suivie, la préférence marquée des parties à emprunter la voie de l'authenticité notariale prouve sa supériorité et ses avantages pratiques [3].

gislation allemande moderne ces deux formes subsistent encore, mais celle relative à la comparution personnelle des parties a perdu beaucoup de son importance tandis que l'intervention publique s'est perpétuée avec seulement des visées différentes. En conséquence, on ne doit pas être étonné du rôle en apparence subalterne que joue l'authenticité notariale pourtant érigée elle-même en principe.

1 Cette terminologie que nous empruntons à l'ouvrage de M. Wieland n'est pas expressément consacrée par les commentateurs du Code civil allemand; cependant elle paraît transportable dans cette législation, les mêmes soucis ayant dicté la forme authentique. *Cf. Code civil allemand,* Paris, Imp. nat., 1904-1914, t. I, p. 437, art. 313, n° 6, § 1 où, à propos des ventes précipitées consenties par les paysans, il est dit: « ...on a voulu, en le forçant à aller devant le juge ou chez le notaire, l'obliger à réfléchir, au besoin, comme on l'a dit expressément, à en parler à sa femme, de telle sorte qu'il ne fût pas pris au dépourvu ».

2 On pourrait même dire que la force probante est la conséquence du principe d'authenticité et de Légalité plutôt que « la conséquence du principe de la publicité ». *Cf. Code civil allemand,* Paris, Imp. nat., 1904-1914, t. II, sous l'art. 892, p. 492.

3 *Cf. Code civil allemand,* Paris, Imp. nat., 1904-1914, t. I, p. 437, sous l'art. 313, § 1. « Du reste, cette exigence — l'authenticité notariale — ne devait pas changer grand'chose à la pratique actuelle, car toutes les affai-

Mais, tandis que le Code civil suisse confère à l'authenticité notariale ou assimilée le monopole des certifications d'héritiers, le Droit allemand l'accorde à l'autorité judiciaire [1].

C'est que l'*Erbschein* est appelé à faire entièrement preuve par lui-même du droit de propriété. A son égard, le juge foncier ne peut entreprendre, comme pour les mutations entre vifs, une vérification rigoureuse du droit du successible, il peut seulement « *prier le tribunal de se livrer à un nouvel examen du certificat* » [2]. Le législateur ne pouvait donc se dispenser d'une consécration officielle émanant directement du pouvoir central sans violer les règles préétablies.

En somme, si l'intervention judiciaire prime en Allemagne l'authenticité notariale en raison d'une pure survivance de précédents, les législations qui peuvent s'y soustraire doivent éviter cette ingérence puisque aussi bien on peut suppléer au principe de légalité par le principe de légitimation [3].

L'organisme notarial français n'est-il pas d'ailleurs depuis

res un peu sérieuses se font devant notaire, il n'y a que pour des ventes de parcelles insignifiantes que la question pouvait être douteuse. Or, c'est précisément ce morcellement excessif de la propriété qu'il faut éviter; et c'est pour ces aliénations sans importance apparente qu'il importe surtout de garantir le sérieux de l'opération ».

1 Nous avons vu que le certificat de propriété allemand faisait foi par lui-même en toutes circonstances, l'inscription au Livre Foncier n'ayant d'autre utilité que de donner au successible inscrit l'entier exercice du droit.

Sur la présomption de sincérité du certificat d'héritier, *Cf Code civil allemand*, Paris, Imp. nat., 1904-1914, t. III, art. 2365 et les commentaires sous cet article, p. 898; *le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, BARRE, trad. HARTMANN, Paris, Viwieg, 1899, p. 269 *in fine*. V. LÉVY, *Le certificat d'héritier*, étude comparée du Droit français et allemand, thèse, Paris, 1911, p. 134 et ss.

2 LÉVY, *Le certificat d'héritier*, Etude comparée du Droit français et allemand, thèse, Paris, 1911, p. 113, al. 3, *in fine*.

3 Dans la Législation française qui ne supporte pas l'emprise d'une investiture légale, il semble que le jour où l'on jugerait utile d'instaurer la foi publique, il faudrait rejeter ce principe de Légalité pour adopter de préférence les principes joints de Légitimation et de Vérification du Droit suisse plus conformes, sinon à tout notre passé, du moins à nos tendances.

des siècles le seul certificateur officiel, quoique indépendant?

Lorsque la justice intervient n'est-elle point considérée comme une émanation avant tout utilitaire et non point essentiellement autoritaire du pouvoir central?

Enfin, serait-il utile ou même profitable d'étendre la compétence judiciaire à de nouvelles matières ne présentant aucun caractère contentieux? Le juge a mieux à faire par ailleurs.

§ 2. *Groupement australien* [1]

Dans les différentes applications du système Torrens on ne trouve aucune trace au moins légale d'authenticité notariale ou assimilée.

Adopté par des pays neufs sans organisation juridique préexistante, alors que la propriété immobilière présentait des caractères particuliers et des besoins urgents, le système *Torrens* a été dans son principe un mode de publicité purement administratif, dispensateur de tout acte de transfert. L'absence d'un acte, contrat ou certificat de propriété, est donc la caractéristique dominante de ce régime de publicité [2].

[1] V. dans les auteurs précités, les législations étrangères faisant partie de ce groupe qui s'étend à l'Angleterre et à la plupart de nos colonies. L'admission en France d'une publicité à l'image du système *Torrens* a été fortement et à juste titre critiquée.

[2] On substitue au titre issu du contrat un « certificat nominatif d'inscription sur le Registre Foncier » et ce seul certificat prouve « d'une manière décisive » le droit du porteur.

Seule, l'immatriculation initiale fait l'objet de « justifications » très sérieuses, de vérifications de toute nature, immobilières et personnelles, suivies d'une « enquête minutieuse sur le droit de propriété du requérant » ; mais cette formalité effectuée, les transferts postérieurs s'opèrent plus rapidement.

Entre vifs, on remplit une formule — « mémorandum du transfert » — que l'on présente accompagnée du certificat. Il est à noter cependant que la rédaction de ce mémorandum est accomplie « presque toujours par des courtiers en immeubles brevetés, ou par des *solliciters* attachés au bureau de la conservation, afin d'éviter les vices de forme... ».

A la suite d'une mutation par décès, le transfert d'un immeuble déjà immatriculé est subordonné à la présentation d'une requête accompagnée du certificat du défunt, de toutes pièces justificatives et même d'une publicité dans les journaux...

Pourtant, notre concept subsidiaire de généralisation de l'authenticité à tous les procédés de publicité n'en est point pour cela controuvé. Au fur et à mesure que la propriété revêt dans les pays où fonctionne ce dernier mode une forme plus moderne, les trop grandes facilités de circulation sont appelées à créer des abus qui se sont d'ailleurs révélés même à l'origine [1]. Et cela a conduit les auteurs qui se sont livrés à l'étude de ce système à être entièrement favorables à l'accession de l'authenticité notariale, alors même que le but de leurs travaux leur laissait une entière indépendance intellectuelle, abstraite de toute influence ou déformation professionnelles [2].

Cette rapide et succincte revue des modes de publicité étrangers permet d'en dégager la note saillante. Elle conduit à constater que l'universalité de ces systèmes, quant ils comportent un acte translatif ou seulement obligatoire, exclut l'acte privé du bénéfice direct de la transcription.

A ce seul point de vue, la législation française reste, d'une façon moins glorieuse qu'en politique certes, dans un « splendide isolement ». Parmi tant d'autres, ce seul argument statistique en faveur de l'exclusion de l'acte privé ne mériterait-il point d'être pris en considération?

1 Cons. *Procès-verbaux de la Commission extraparlementaire du cadastre,* fasc. II, p. 145 (novembre 1891 à août 1892), p. 145 et ss.

2 V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, Delamotte, 1891, p. 355. « Peut-être eût-il été préférable... d'associer les notaires à cette vérification, en assujettissant les actes de transfert à la condition de l'authenticité. L'intervention des notaires se concilie parfaitement en fait et en droit, avec les principes du système de publicité australien », et Michel, *Des imperfections de la Législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers,* thèse, Dijon, 1904, p. 293 « ...Il aurait été peut-être préférable d'assujettir les actes de transfert à la condition de l'authenticité ».

Il suffit de souligner le poids de ces jugements entièrement en faveur de notre thèse.

CHAPITRE QUATRIÈME

L'AUTHENTICITÉ NOTARIALE, SUPPORT DE LA PUBLICITÉ

> « **Le notariat français constitue un des rouages les plus utiles de notre organisation judiciaire et de notre vie économique.** »
>
> **Colin** et **Capitant**, « Cours élémentaire de Droit civil français », 2me éd., Paris, Dalloz, 1920, p. 202, note I.

Il découle de l'ensemble des constatations précédentes que l'utile fonctionnement d'une publicité sérieuse est subordonné à la valeur du titre soumis à la formalité.

Fait-on jouer l'opposabilité absolue, c'est sur le titre générateur et, en son absence, sur la validité même du transfert, que repose entièrement ce principe protagoniste de la sécurité. Admet-on l'opposabilité relative, la nécessité s'impose plus vive d'un titre originaire possédant de sérieuses vertus premières, firmatoires et documentaires. Le titre devient en un mot le pionnier de la consolidation immobilière. Sa qualité doit permettre d'éviter les fraudes, les abus, de conférer à la publicité des effets sérieux tout en la rendant obligatoire, de faciliter enfin l'allègement de la formalité.

Tel est le but à atteindre sous le couvert des règles organiques ci-dessus dégagées — Généralité, Nécessité, Simplicité de la formalité, — tout en ne perdant point de vue les directives qui les complètent.

SECTION I. — DE LA GÉNÉRALITÉ

Au principe de généralité, exigeant que toutes les modifications immobilières soient portées à la connaissance des tiers, correspond la recherche du titre susceptible de s'adapter le plus commodément aux nécessités de la publicité; celle encore d'un procédé révélateur, à défaut protecteur, des causes d'éviction.

§ 1. *Recherche du titre à publier en matière successorale*

A moins de conférer aux accords verbaux et aux déclarations orales le bénéfice d'une investiture publique à l'instar du Droit allemand, ou de dispenser le transfert d'un acte constitutif selon le mode australien, les transmissions doivent être nécessairement constatées à l'origine par un écrit s'adaptant parfaitement aux exigences de la publicité.

En matière contractuelle, l'acte notarié paraît répondre à ces préoccupations. Mais l'écrit fait défaut dans les mutations *ab intestat,* il est incomplet et conditionnel lorsqu'il contient des dispositions à cause de mort. Il faut donc, dans ces espèces, se livrer, en son absence, à la recherche d'un écrit originaire, à son amendement lorsqu'il existe, ou mieux encore à l'adaptation d'un titre unique possédant l'ensemble des éléments initiaux requis.

I. Successions ab intestat. — En l'absence d'un titre, toutes les tentatives d'amélioration de la transcription présentent, comme pièce principale de l'accomplissement de la formalité, la déclaration de succession que les héritiers doivent souscrire à l'enregistrement dans les six mois du décès.

Deux systèmes sont ici en présence: la Transcription administrative, dont le seul avantage, l'automatisme, est loin de compenser les multiples inconvénients, et la Transcription-contrôle administratif, plus complet mais aussi plus complexe.

La voie générale ainsi suivie est essentiellement critiqua-

ble. Que les lois fiscales aient une répercussion sur la législation civile, on ne peut le nier, ni l'empêcher parfois; mais que des institutions juridiques reposent entièrement ou partiellement non pas encore sur une formalité, mais sur un mécanisme purement administratif, c'est une manifestation d'infériorité législative certaine.

Cependant, cela ne suffirait pas à condamner cette innovation dans les législations modernes où, en cas de conflit, le pragmatisme doit l'emporter sur l'idéalisme, si elle n'offrait justement au point de vue pratique de nombreux inconvénients.

1° *Transcription administrative.* — Sans insister sur le fait que les intéressés ou leurs représentants sont entièrement laissés en dehors de la formalité, ce qui est loin de développer en eux, sinon l'utile compréhension, du moins le sentiment de l'utilité de la publicité alors que par ailleurs l'accomplissement de la formalité leur incombe, il convient de signaler les défectuosités les plus saillantes de ce procédé.

Les indications relatives aux immeubles, suffisantes pour permettre aux agents de l'administration la recherche des omissions, ne présentent jamais les précisions indispensables, lesquelles doivent s'étendre à « *tous les éléments de la transmission opérée* ».

A cette pénurie documentaire, vient s'ajouter une absence totale de valeur firmatoire. Les énonciations n'ont aucun poids, car elles émanent des seuls intéressés sous la forme d'une simple déclaration. Enfin, aucune justification n'est demandée par les receveurs auxquels on ne présente même pas une copie de l'acte de décès. Non seulement rien ne prouve que la succession est ouverte, qu'elle a été régulièrement acceptée, mais encore rien n'indique que la dévolution en est exacte, que certains héritiers ont été envoyés en possession.

Qu'importent au fisc les fraudes de toute nature, en dehors de celles qui peuvent directement l'atteindre, telles que les omissions, les dissimulations, les insuffisances de valeur ou

les fausses déclarations sur le degré d'une parenté qui n'est jamais vérifié au moment de la souscription. Les receveurs, en effet, se livrent à un examen d'ensemble assez hâtif, plutôt numérique, laissant aux contrôleurs, selon leurs attributions, le soin de relever, dans le seul intérêt fiscal, les inexactitudes, les erreurs et les fraudes. D'ailleurs, le déclarant est assimilé à un étranger au-delà du quatrième degré et paie le maximum des droits ; la justification, même si elle était requise, ne pourrait l'être que jusqu'à ce degré inclus.

On conçoit combien il serait commode de souscrire une déclaration de succession en invoquant un décès récent, prorogeant à six mois environ le paiement des droits, ce qui permettrait de se livrer entre temps à des combinaisons préjudiciables aux tiers qui s'appuieraient, ici encore, sur ce semblant de consécration légale du droit que l'on ne manquerait pas d'invoquer : la transcription.

2° *Transcription-contrôle administratifs.* — Pour remédier aux imperfections les plus graves de ce système, on a proposé de soumettre au contrôle du conservateur, en même temps qu'un extrait de la déclaration de succession, un intitulé d'inventaire, un acte de notoriété ou un extrait du jugement d'envoi en possession des successeurs irréguliers.

C'est là une amélioration sensible ; mais elle ne pallie pas l'insuffisance documentaire proprement dite ; enfin si elle satisfait aux besoins de consolidation du titre, elle est pratiquement imparfaite.

On ne peut accorder à l'acte de notoriété, assez fréquent en matière successorale, qu'un crédit relatif. L'intitulé d'inventaire procure au contraire une plus grande sécurité, la responsabilité notariale étant directement engagée, mais cet acte est d'une pratique peu courante. Sauf dans certaines régions où il est d'un usage assez fréquent, on ne l'emploie qu'exceptionnellement. Quant aux jugements d'envoi en possession, malgré la publicité préalable dont leur demande fait

l'objet, on n'ignore point que c'est une opération de confiance du cabinet de l'avoué au cabinet du juge.

Enfin, si l'on tient compte du surcroît de travail imposé aux receveurs et aux conservateurs, de l'incohérence qui résulte de vérifications partielles et juxtaposées, de la responsabilité administrative ou légale qui doit découler de ce système et qu'il serait difficile de limiter et de couvrir, de la variété et de la variabilité des pièces, on peut se faire une idée générale des imperfections d'un procédé qui, nécessitant l'intervention notariale dont on ne retire point les bienfaits qu'elle devrait emporter, laisse subsister même sur ce terrain l'immixtion d'employés subalternes de l'administration et d'agents d'affaires besogneux.

II. Dispositions a cause de mort. — Les transmissions *mortis causa*, qui comprennent le testament, l'institution contractuelle et la donation entre époux, sont fondées sur un titre qu'il paraissait tout naturel de soumettre à la formalité.

Mais si le testament et les donations de biens à venir reçues dans la forme authentique établissent nettement l'identité des parties, sans donner nécessairement celle des immeubles, en revanche, les dispositions des testaments mystiques ou olographes, actes trop souvent informes, sont succinctes et sommaires, parfois confuses au point d'exiger pour leur application une connaissance personnelle de la consistance et de la situation des biens, de la famille du *de cujus,* voire de ses affections. Parfois elles pèchent par excès contraire et les dispositions exagérément verbeuses ou contradictoires engendrent une confusion telle que les officiers publics ou ministériels sont fort embarrassés pour les appliquer ou les interpréter.

Tel est l'acte que l'on a proposé d'admettre directement à la publicité!

Cette admission serait d'autant plus condamnable que, quelle que soit la forme de l'acte initial, la validité et la réalisation de la transmission sont subordonnées à de multiples conditions ou événements.

Hormis l'institution contractuelle, ces dispositions sont essentiellement révocables et, sans aucune exception cette fois, leur effet est soumis à la condition de la régularité des formes, de la survenance du décès, de la capacité de disposer et de recevoir, de la disponibilité du bien, de l'exécution des charges. L'existence d'héritiers réservataires, les règles du rapport, la nécessité de l'envoi en possession ou de la délivrance du legs pour certains bénéficiaires peuvent encore entraver l'exécution de la libéralité ou de la disposition testamentaire.

N'est-ce point soumettre à la publicité un acte trop fragile? Ne devrait-on pas en outre exiger entre autres pièces un acte de délivrance de legs en matière testamentaire? On peut objecter qu'il y a de fortes chances pour qu'on ne publie les testaments qu'après leur exécution car ils impliquent l'intervention notariale, même en ce qui concerne le testament olographe, par la formalité du dépôt. Mais c'est là une pure présomption, rien ne s'opposant à ce que la publicité immédiate soit exigée ou opérée par le bénéficiaire. Enfin, à quel moment et par quel moyen complèterait-on la publicité des donations à cause de mort? Faudrait-il soumettre la transmission primitive à une formalité, même complémentaire? On ne peut opposer le fait que les donations entre vifs en sont dispensées. Leur documentation en est parfaite et, qui plus est, elles sont irrévocables.

On a donc tenté de réagir contre cette conception par trop simpliste en appliquant aux transmissions *mortis causa* le procédé de la transcription-contrôle administratifs. Mais, cette tentative louable est loin de donner toute satisfaction.

III. Le Certificat de propriété, titre unique. — Tout procédé de publicité des transmissions par décès s'appuyant sur la seule déclaration de succession est insuffisant. Dès qu'on tente de l'améliorer, il devient dilatoire, paperassier et compliqué. Si l'on obtient péniblement quelques garanties, ce n'est qu'au prix d'une laborieuse machination.

Il est cependant un acte public, le certificat de propriété, qui peut donner à cette branche de la publicité, avec l'unité qui jusqu'ici lui fait complètement défaut, les précisions et la clarté indispensables, enfin les qualités firmatoires les plus complètes que l'on puisse rêver après la force probante.

Dans quelques cas spéciaux, un officier public ou ministériel — notaire, juge de paix, greffier des tribunaux civils et des cours d'appel — atteste, sous sa responsabilité, les droits de propriété d'une ou de plusieurs personnes sur des valeurs déterminées — rentes sur l'Etat, livrets de Caisse d'Epargne, etc.

Ce document unique, d'une concision et d'une précision remarquables, supplée à la production trop dispendieuse des nombreuses pièces dont la seule réunion peut permettre d'établir le droit de propriété. Il simplifie, allège le travail qui incomberait aux préposés de l'administration, depuis la recherche d'une clause perdue dans l'abondante littérature d'un contrat de mariage jusqu'à l'entière lecture d'actes, de procès-verbaux, de jugements et de toutes sortes de pièces justificatives précédemment énumérées sans oublier bien des vérifications de détail, extrêmement minutieuses.

La confiance accordée à cet acte, presque exclusivement délivré par les notaires, est méritée. Ces officiers publics sont mieux placés que quiconque pour connaître des situations familiales ou patrimoniales; leurs moyens d'investigation n'en sont que plus sûrs parce que moins hiérarchisés et moins lointains; leur contact étroit et permanent avec les intéressés les rendent plus avertis, leur entraînement et leur responsabilité professionnelle plus perspicaces et plus prudents.

Quoi de plus sûr et de plus pratique que cet acte, le plus parfait de l'arsenal notarial? Point de longueurs, ni de verbiage, mais une stricte et précise sobriété.

Pourquoi ne pas faire bénéficier une institution publique d'un procédé qui, administrativement, a depuis longtemps fait ses preuves? Il suffirait d'introduire dans la rédaction

habituelle les mentions relatives à l'identité de l'immeuble — désignation — et à l'établissement antérieur du droit — origine de propriété — pour adapter au mécanisme immobilier le certificat de propriété. On obtiendrait ainsi le titre qui, dans une catégorie de transmissions aussi importantes que fréquentes, fait entièrement défaut.

Il serait enfin inutile de faire intervenir le juge en vue de la perfection de ce certificat. En dehors des raisons connues qui justifient son abstention, on ne voit pas quel élément nouveau de vérification ou de contrôle, voire quelle autorité plus grande, le juge pourrait apporter, sauf peut-être un principe de lenteurs et un accroissement des frais.

§ 2. *Recherche d'un procédé révélateur et, à défaut, protecteur des causes d'éviction*

Les causes d'éviction, si lourdes de conséquences, doivent faire l'objet d'une publicité tripartite. En d'autres termes, tous droits issus de la convention ou de la loi et certains faits susceptibles d'engendrer la nullité ou la résolution nécessitent une révélation dès leur naissance, lorsque les actions qui sanctionnent ces mêmes causes sont mises en mouvement et quand une décision judiciaire intervient. Comment assurer cette publicité?

I. Publicité des causes d'éviction a l'origine.— Pour procurer aux tiers, par la seule inspection des registres, le moyen de se rendre compte des dangers qui les menacent, il faut soumettre directement à la formalité toutes les causes susceptibles de s'y plier.

Mais certaines d'entre elles sont réfractaires à la publicité ou même inconciliables avec elle. Existe-t-il des moyens de les révéler, à défaut un procédé protecteur de l'intérêt des tiers?

Dans les deux cas, l'authenticité peut contribuer ou suppléer même à leur publicité.

1° *Causes d'éviction aptes à comporter publicité.* — Un certain nombre de causes d'éviction de nature conventionnelle se prêtent à la publicité. Ce sont, dans les contrats à titre onéreux, entre autres clauses conditionnelles, celles de réméré et dans les contrats à titre gratuit les clauses contenant des charges et conditions, la clause de retour conventionnel.

Or, même en l'absence de publicité, le bénéfice de la résolution est accordé aux ayants droit. Il serait cependant équitable qu'il ne pût être invoqué que sous réserve de la transcription.

Par voie d'extension, il serait possible d'avoir la même exigence pour les conditions résolutoires tacites, qui font toujours l'objet de clauses de style dans les actes notariés de vente et d'échange.

D'autres causes de résolution sont fondées sur l'inaliénabilité de certains immeubles. Contenues dans un acte authentique, les substitutions sont toujours publiées; en matière de saisie immobilière et de faillite, il existe un acte public, procès-verbal ou jugement, qu'il suffirait de porter selon le procédé actuel de la mention en marge, mais en temps opportun, à la connaissance des tiers.

Quant à l'inaliénabilité dotale, elle n'est directement révélée qu'en ce qui concerne les immeubles présents compris au contrat de mariage. Celle qui frappe les biens à venir est seulement portée à la connaissance des tiers lorsque l'immeuble est entré dans le patrimoine de la femme à titre lucratif entre vifs ou que la subrogation ou le remploi d'un bien dotal sont réalisés par acte notarié, ce qui est fréquent mais non point constant. Cette inaliénabilité enfin est toujours ignorée lorsque l'acquisition a lieu à cause de mort; certes, sa révélation est en principe assurée par le contrat de mariage, mais quelle est la valeur d'une publicité rogatoire?

Pour en obtenir rigoureusement la mention, il faudrait étendre l'authenticité à toutes les transmissions afin que le notaire rédacteur ou liquidateur puisse faire figurer la rela-

tion de la dotalité dans l'acte ou le certificat dressés par ses soins.

2° *Causes d'éviction rebelles ou réfractaires.* — On a cherché à prémunir les tiers par bien des moyens, à les protéger même contre les effets de réduction ou d'anéantissement du droit réel que provoquent ces causes.

La difficulté d'une construction générale tient d'une part à ce que certaines de ces causes d'éviction sont réfractaires à la publicité, d'autres entièrement rebelles, et d'autre part au conflit d'intérêts en présence, l'extrême protection des tiers impliquant pour les bénéficiaires de l'action le sacrifice plus ou moins complet de la rétroactivité. Mais ne serait-ce point là déplacer, le plus souvent à contre-sens, d'autres principes de protection légale très fortement ancrés dans notre Droit? Mieux vaut rechercher un équilibre même relatif.

A) Incapacités. — La publicité des incapacités est passée sous silence dans le projet Darlan et dans celui du Comité des notaires. Le contre-projet Thézard se contente d'exiger l'inscription de l'hypothèque légale dans l'année qui suit la cessation de l'incapacité. A défaut, l'hypothèque ne date à l'égard des tiers que du jour où l'inscription est effectuée. Cette mesure, d'une application pratique incertaine, est loin de répondre aux exigences chronologiques de la publicité.

Cependant, quelques tentatives de publicité directe ont été préconisées d'une application délicate certes mais d'un intérêt puissant.

La commission du cadastre a proposé de centraliser au bureau des hypothèques tous les renseignements relatifs aux incapables. L'incapacité est-elle révélée, le tiers est considéré comme de mauvaise foi et subit la rétroactivité; la mention est-elle omise, l'incapable perd le bénéfice de son action.

Mais, ne sacrifie-t-on pas à la légère l'intérêt des incapables, alors que l'on sait pertinemment combien les prescriptions concernant la sauvegarde de leurs droits sont peu observées en pratique et que l'on connaît le nombre infime des

recours exercés comparativement à ceux que provoquent de graves et continuels manquements aux multiples règles de protection?

Enfin, sans faire état des complications matérielles de ce système, il est un reproche qui doit l'emporter, c'est sa spécialisation immobilière. La publicité gagne tous les jours en étendue et en profondeur et si l'on veut préparer l'avenir on ne doit songer à confier cette publicité qu'à un organisme indépendant quant à son objet et délivrant tous renseignements utiles à propos de telle opération civile ou commerciale, immobilière ou mobilière.

Cet objectif serait atteint si l'on créait, à l'exemple du casier judiciaire, un casier civil alimenté par les communications de toutes modifications de la capacité que feraient à un siège central les officiers publics et ministériels.

Seulement, cette publicité préventive sur laquelle on aurait une tendance à se reposer entièrement ne garantirait pas des erreurs; enfin, les parties devraient se livrer à une enquête préalable qui n'est ni de leur ressort, ni de leur compétence moyenne. L'idée du casier civil ne paraît pas se suffire à elle-même.

B) Vices du consentement et de forme; Vileté du prix. — Mais si l'on peut obtenir au prix d'un effort administratif assez considérable la publicité indirecte des causes d'incapacité, il est impossible de faire connaître la menace des causes d'éviction résultant des vices du consentement, des vices de forme, de la vileté du prix. Ces vices sont inexprimables au moment du contrat. Leur connaissance personnelle dépend d'une révélation postérieure; elle est parfois liée à la reprise du libre arbitre ou de la liberté d'action.

Les projets Darlan et Thézard sont muets; le projet du Comité prévoit, sans aucune forme de publicité, la suppression pure et simple de la rétroactivité au bénéfice des tiers qui ont acquis à titre onéreux et de bonne foi des droits sur l'immeuble.

Or la notion de bonne foi est d'une élasticité telle qu'elle semble ne devoir servir de critérium légal qu'à défaut d'autre procédé. D'ailleurs, ce moyen est répressif et non préventif. A ces deux seuls points de vue il est manifestement insuffisant.

Malgré son caractère extrême, cette dernière mesure a été reprise mais avec une atténuation dans sa portée. Le contractant qui peut invoquer un de ces vices obtient, au moyen d'une mention portée sur les registres, la réserve de son droit mais seulement dans l'avenir.

Cette solution est en tout point préférable à celle qui précède, elle a l'avantage de ne faire intervenir le critérium de la bonne foi qu'entre les parties, en le subordonnant, à l'égard des tiers à la réserve de l'action par l'intéressé. Mais elle a le défaut de n'assurer la protection des contractants que dans un avenir parfois lointain et de ne pas cadrer avec les préoccupations actuelles qui tendent à lutter à l'origine contre les inégalités contractuelles et les vices qui en résultent.

En outre, l'hypothèse de la revente du bien, effectuée avant même que le vendeur lésé ait pu réserver son action, enlève à cette innovation une partie de son mobile protecteur. N'est-ce point celui qui supporte le vice qui en est généralement ignorant? Or, c'est justement dans des cas particuliers que le principe de nullité puise son fondement le plus profond.

L'intérêt des tiers même de bonne foi ne mérite en aucune façon plus de faveur que l'intérêt du contractant spolié; on doit seulement les concilier sans les faire prédominer au détriment l'un de l'autre.

C) L'intervention notariale et les précédentes causes d'éviction. — L'intervention notariale peut avoir ici encore d'heureux résultats.

Alors que les parties, se désintéressent des questions de capacité, les notaires se livrent toujours à sa vérification comme à celle de l'identité et se refusent à instrumenter tant qu'ils n'ont pas obtenu toutes justifications — pièces d'identité, livret militaire, livret de mariage, acte de naissance —

ou qu'ils ne se sont pas entourés d'utiles garanties — certification de témoins, échange de correspondance avec les notaires des contractants étrangers à leur ressort et, s'il s'agit d'un mandat, procuration notariée contenant les indications nécessaires et dressée, fait important, par un officier public du domicile ou de la résidence du mandant.

Bientôt même, lorsqu'il s'agira de commerçants, les notaires exigeront la production de leur inscription au registre du commerce. Et cela est du plus haut intérêt surtout au point de vue de la capacité des femmes mariées commerçantes ainsi mieux établie que par le passé.

Le tableau des interdits, enfin, est affiché dans les études.

Ces mesures préventives jointes aux déclarations d'état civil que les notaires exigent des parties et de leurs représentants légaux ou conventionnels réduisent encore ces causes de nullité et sont une sauvegarde efficace dont on pourrait tirer un meilleur parti. C'est ici, en effet, que pourrait intervenir avec plus de certitude la notion de bonne ou de mauvaise foi.

Quand la vigilance de l'officier public serait mise en défaut par des manœuvres frauduleuses ou des faux et que l'incapable aurait fait dans un acte public des affirmations inexactes, on pourrait, sans faire crier cette fois à l'injustice, lui enlever cette protection qu'on doit lui accorder en raison d'une présomption de faiblesse ou de subordination, laquelle n'a plus la même raison d'être lorsque la mauvaise foi est poussée à un point tel qu'elle ressort nettement du Droit pénal.

Enfin, tandis que les particuliers, par ignorance des dangers courus ou excès de confiance, alléchés par l'appât d'une bonne affaire, poussés par le besoin ou retenus par la crainte de froisser leur co-contractant, confient la destinée de leur opération au hasard d'un sort faste ou néfaste, les notaires, mieux informés des nécessités juridiques, intéressés à la perfection de l'opération, non pas à sa réalisation entachée de nullité, contraints même par les charges de leur ministère

à la régularité du *negotium*, agissent avec une prudence qui, sans entraver la marche des opérations, leur confère une incontestable stabilité.

L'institution d'un casier civil faciliterait considérablement à ces officiers publics une tâche de nos jours parfois ardue et décevante. La sécurité enfin deviendrait complète si, parallèlement à l'authenticité, on introduisait dans notre Droit certaines réformes hypothécaires proprement dites, au nombre desquelles la publicité et la spécialité des hypothèques légales.

Mais les bienfaits de l'authenticité dépassent de beaucoup la limite des incapacités. Sans s'appesantir sur une vérité qu'une pratique courante seule révèle, on peut soutenir que bien des gens dont le consentement a été surpris ou forçé se ressaisiraient dans le cabinet notarial si la signature n'avait pas été exploitée au bon moment. L'erreur, déjà rare en matière immobilière, serait réduite dans de notables proportions. De malencontreux vices de forme seraient évités qui n'atteignent pas l'acte authentique. Ces vices ne sont pas toujours exploités certes, mais leur menace longue à se dissiper n'en est que plus grave et plus lourde au fur et à mesure que s'effectuent des transmissions rapprochées du même bien.

D) L'intervention notariale et les autres causes d'éviction. — Sauf dans le cas de donation avec charges où le contrat stipulant les conditions révèle les risques courus, il serait fastidieux dans tous les cas de révocation, de réduction et de rapport, de prévoir et d'énumérer dans l'acte, à fin de publicité, les hypothèses particulières d'éviction légale.

En effet, la clause de style en vue de la publicité ne présenterait en cette matière qu'un intérêt relatif d'autant que ces causes sont problématiques; elle conduirait, en outre, à adopter la sanction d'inopposabilité qui irait parfois, sauf exceptions à créer, à l'encontre de l'esprit de la loi — survenance d'enfants par exemple. D'autre part, la plupart de ces causes agissent *ex nunc* et n'ont pas un caractère de gravité comparable aux précédentes causes; enfin il est un fait qui

semble les rendre moins offensives, c'est leur raréfaction. La donation immobilière devient tous les jours de moins en moins fréquente et de plus en plus dissimulée sans réaction efficace.

Seule, la donation-partage est encore assez répandue. Mais elle contient le plus souvent des charges en nature, des réserves d'usufruit, des stipulations de rente viagère, des clauses de retour qui pratiquement entravent jusqu'au décès des donateurs les pouvoirs de disposition des donataires. Enfin, cette même faculté de disposer est presque toujours paralysée par une clause d'interdiction d'hypothéquer et même d'aliéner, validée par la jurisprudence.

Il semble donc qu'à défaut d'une publicité régulière l'intervention notariale puisse, en une matière aussi restreinte, rendre les plus grands services sans modification aucune aux dispositions actuelles.

Lorsqu'une opération immobilière comprendrait dans son origine une donation, émergeant rapidement dans le système prochain, il serait facile de signaler d'un mot à l'acquéreur ou au prêteur les risques qu'il court dès qu'on aurait constaté la présence de cette espèce particulière d'acte, alors qu'il serait encore susceptible de déployer des effets, le décès du constituant et la liquidation de sa succession n'étant pas intervenus entre temps.

Ne serait-ce pas encore le meilleur procédé sinon de publicité, du moins de révélation positive? Cela ne cadrerait-il pas parfaitement avec les attributions et les habitudes notariales? Et l'on ne serait pas obligé de recourir à de nouvelles et trop nombreuses réglementations de détail, indignes de notre droit qui, ajoutées à tant d'autres précédentes, transformeraient en un labyrinthe inextricable les dédales tortueux et compliqués de notre législation civile.

Désormais, plus de surprises, les tiers recevraient un avertissement vivant. En quelques mots, le notaire ferait toucher du doigt les aléas de l'opération bien mieux qu'une mention lapidaire ou la reproduction de formules techniques inintel-

ligibles pour le commun des mortels. Il faut enfin prévoir que cet avertissement ne manquerait pas de passer dans une claire déclaration de style à un endroit de l'acte qui ne saurait être mieux placé qu'à la fin de l'établissement de propriété. Cela attirerait davantage l'attention des parties sans emporter aucun des inconvénients précédemment signalés.

Ainsi, grâce à la seule intervention notariale généralisée, on obtiendrait la publicité des causes d'éviction favorables; on remédierait par un procédé empirique aux dangers que présentent pour les tiers les causes rebelles ou réfractaires, tout cela sans enlever aux intéressés la protection qui leur est due et sans bouleverser ou compliquer des règles traditionnelles, bouleversements et complications qui auraient une répercussion bien plus grave que la simple admission d'une authenticité notariale étendue, en droit et en fait, au point de faire du principe de la liberté des formes une étroite exception.

II. Publicité des demandes et des jugements en nullité ou en résolution. — Mais si l'on peut prémunir les tiers dans un certain nombre de cas et les protéger utilement dans tous les autres contre des causes purement latentes, on doit songer à leur accorder l'appui de la publicité lorsque d'aléatoire la menace devient effective en empruntant la voie judiciaire. Enfin, lorsque la sentence intervient, entraînant des modifications, elle ne doit pas davantage rester ignorée.

La publicité des demandes en nullité ou en résolution emporterait les plus heureux effets; une mention en marge avertirait utilement les tiers susceptibles de contracter entre la demande et le jugement. Il serait même possible d'exiger une notification par le demandeur aux tiers antérieurs à la demande en leur accordant un délai d'intervention.

Ces mesures complémentaires, dont les cas d'application seraient extrêmement rares, réduiraient encore les espèces clairsemées des causes d'éviction qui auraient pu glisser entre les mailles ténues d'une publicité ainsi conçue à l'origine.

Enfin l'extension de la publicité à tous les jugements modificatifs de la propriété immobilière, aux rachats, renonciations, cessions de réméré et aux jugements de séparation de corps et de divorce contenant révocation d'avantages immobiliers, donnerait aux dispositions concernant ces causes l'esprit d'unité et de suite dont elles sont entièrement dépourvues.

Tel est dans son ensemble, et quant au complément de la règle de généralité, le rôle que peut jouer, même sans aucun autre secours, l'authenticité notariale.

On ne peut songer à critiquer sérieusement le certificat de propriété; qu'on le veuille ou non, la nécessité d'un titre s'imposant tous les jours, cette pièce est appelée à remplir dans un avenir très prochain une importante fonction en matière successorale.

La conception nouvelle de la publicité des causes d'éviction peut paraître sur bien des points insuffisante. Mais, quand il est impossible d'obtenir une publicité directe, quand on en est réduit à immoler des intérêts respectables, ne vaut-il pas mieux tirer parti de ressources qui, laissant le droit en l'état, rendraient plus perceptibles des causes d'éviction devenues moins fréquentes grâce à une intervention qui gagnerait à être généralisée par la loi et, aussi, imposée.

SECTION II. — DE LA NÉCESSITÉ

La première question qui se pose est celle de savoir s'il est possible d'appliquer sans inconvénients aux transmissions et aux modifications nouvellement soumises à la publicité l'unique sanction qu'offre la loi actuelle en matière translative: l'opposabilité relative.

On ne doit pas hésiter à l'admettre. Dénier à la publicité toute espèce d'effet juridique, serait conserver les errements déjà condamnés et lui conférer un rôle purement documentaire ne répondant que partiellement à ses besoins.

Mais l'expérience révèle que cette première sanction, pure-

ment propulsive, ne présente pas un caractère de coercition suffisant pour assurer dans sa plénitude l'entière soumission aux prescriptions légales. Or, l'ordre public étant manifestement intéressé à l'accomplissement de la formalité, il urge de rechercher une sanction compulsive, un moyen de contrainte efficace qui, rendant la publicité vraiment obligatoire au bénéfice de la généralisation bienfaisante de la sanction d'opposabilité, permettrait en outre la consolidation du titre en l'absence de force probante et faciliterait enfin une complète et parfaite documentation.

§ 1. *Sanction propulsive*

Continuant à s'appliquer comme par le passé aux mutations entre vifs, la sanction d'opposabilité peut être étendue aux causes d'éviction susceptibles de publicité directe : clauses conventionnelles, conditions résolutoires dites tacites, indisponibilités, demandes judiciaires, actes et jugements intervenus.

Tous les intérêts en présence sont ainsi conciliés. Les grevés de publicité doivent se soumettre à la loi pour bénéficier de cette sanction préventive; les tiers qui en supportent les effets, préalablement avertis, en subissent cette fois les conséquences en toute justice.

Cette extension, en complet accord avec les principes de la loi actuelle, coule de source et ne mérite point un plus long examen.

Mais, aux cas de partages et de mutations par décès, l'opposabilité ne fonctionne plus entre ayants cause immédiats ou médiats d'un même auteur. Ce sont les co-partageants qui sont fondés à opposer à l'ayant cause du co-partageant cédant la transcription de l'acte ayant mis fin à l'indivision et l'ayant cause du successible apparent qui doit avoir la faculté d'opposer à l'héritier ou au légataire véritable la transcription du titre de son auteur.

Bien entendu la soumission à la publicité du titre de l'ayant

cause devient ou reste indispensable pour que ce dernier puisse invoquer soit le défaut de transcription du partage, soit la transcription du titre du successible ou même opposer victorieusement son droit d'antériorité à un autre ayant cause de son auteur. Mais eu égard aux co-partageants et aux successibles véritables, l'absence de transcription du partage ou la transcription du titre du successible apparent l'emportent en faveur des tiers *stricto sensu*.

L'application de cette sanction à ces matières soulève pourtant quelques difficultés dont l'examen permet cependant d'établir sa conciliabilité avec les principes de notre droit qu'elle semble devoir violer.

I. Partages. — L'extension de l'opposabilité aux partages et aux actes équipollents doit être résolue par l'affirmative si, présentant de réels avantages pour les tiers, elle n'est pas incompatible avec le caractère déclaratif de ces actes et ne porte aucune atteinte aux droits des co-partageants, sauf à détruire au contraire certain privilège excessif qui leur est accordé.

L'intérêt des tiers qui ont traité postérieurement à un partage demeuré clandestin est indéniable. La sanction d'opposabilité et le droit corrélatif d'exiger un nouveau partage dont ils pourront surveiller la régularité est la seule façon de prévenir et d'atténuer les fraudes dirigées contre ces acquéreurs de droits indivis.

Mais, cela ne conduit-il pas à accepter que les tiers soient préférés aux co-partageants du fait d'une opération qui est pour eux une *res inter alios acta?* Cela n'est point douteux. Seulement il ne faut pas oublier que l'introduction normale du principe de publicité provoque nécessairement cette réaction. Le droit des co-partageants n'est pas davantage sacrifié à celui des tiers que ne l'est, à l'égard de ces derniers, le droit de tous autres ayants cause, dans les cas où intervient la publicité inséparable dans notre loi de la sanction d'opposabilité.

Enfin, il semble que c'est faire une large brèche au principe de l'effet déclaratif des partages que de soustraire à leurs attributaires, à défaut d'accomplissement d'une formalité, le droit de se prévaloir de l'acte ayant mis fin à l'indivision. Ainsi, les co-héritiers ne peuvent plus désormais être considérés comme propriétaires depuis le décès des objets mis dans leur lot.

Il ne faut point perdre de vue cependant que le principe de rétroactivité des partages n'a trouvé dans notre droit aucun fondement sérieux et que sa justification juridique n'ayant pu être effectuée, on a été contraint de fonder ce caractère déclaratif sur une fiction. Tout en reconnaissant sa nécessité, il est équitable qu'une pure fiction admise pour de « *simples motifs d'intérêt et de pratique* » n'annihile pas des motifs du même ordre lorsqu'ils se révèlent.

Comment donc ne pas subordonner le droit des co-partageants à celui des tiers? En imposant la transcription. Comment ne porter aucune atteinte à cette fiction? En accordant simplement à la transcription des partages le bénéfice de rétroactivité au jour de l'ouverture de la succession.

Le partage est-il transcrit, il est opposable aux tiers qui seront reprochables de ne pas avoir consulté les registres. Cet acte n'a-t-il pas été soumis à la formalité, il est considéré comme inexistant à l'égard des tiers, l'indivision est remise en état.

Ainsi les droits des tiers restent résolubles comme restent intacts les droits des co-partageants qui se sont conformés à la loi. Le principe de l'effet déclaratif des partages est inchangé; le partage est soumis à une formalité d'ordre public qui, au lieu de le diminuer, le complète et le fortifie.

N'est-il pas plus équitable et plus juridique à la fois de voir les tiers invoquer la loi plutôt que d'accorder aux co-héritiers le droit de se retrancher derrière une clandestinité qui peut masquer la collusion? La liberté de disposer qui leur est concédée ne doit-elle pas emporter une contre-partie? Et n'est-ce pas le seul moyen de faciliter les opérations

parfois urgentes de vente, surtout celles d'emprunt, relatives aux biens indivis? L'insécurité qui menace ces opérations leur porte un très réel préjudice au détriment du co-héritier aux abois, ne serait-ce que pour faire face aux frais de la succession.

On a tiré argument pour combattre cette théorie de bien des objections et on est allé jusqu'à lui reprocher son illogisme.

Les tiers antérieurs au partage, a-t-on dit, resteront soumis à l'effet rétroactif alors que leur auteur avait, quoique indivis, un droit sur l'immeuble; au contraire, ceux postérieurs à l'acte ayant mis fin à l'indivision pourront échapper à la rétroactivité tandis que leur constituant n'avait plus aucun droit sur ce bien au moment même où il l'a aliéné.

Si la portée de cette critique n'échappe point, on est autorisé à la concrétiser sous la forme suivante. Ce procédé permettrait à un non-propriétaire de conférer un droit réel.

Or, cette conséquence de l'opposabilité est, en l'espèce, purement casuelle puisque l'existence du droit réel consenti au tiers dépend du résultat d'un nouveau partage, tandis qu'elle est permanente dans le système de transcription actuel.

En effet, selon le jeu des principes, quand un propriétaire aliène par deux fois son fonds et que le premier ayant cause ne conserve pas son droit en transcrivant, le second ayant cause, qui tient cependant ce droit réel d'un *non dominus*, est préféré au premier s'il a obtenu la priorité par l'accomplissement de la formalité.

Et ce parallèle permet de mettre en relief la justification rationnelle de l'opposabilité des partages. Le premier acquéreur qui a soustrait son titre à la publicité est frappé du fait de sa seule négligence alors que les co-partageants courent un risque amoindri, puisque subordonné aux hasards d'un tirage au sort et, qu'à leur encontre, on peut invoquer non seulement l'idée de faute mais évoquer la présomption de fraude qui ne peut manquer de planer sur leur chef.

II. Mutations par décès. — Si l'on ne considère la publicité de ces transmissions que d'un point de vue documentaire, il est incontestable que la sanction d'opposabilité n'a ici encore aucune raison d'être. Mais, outre cet intérêt, leur publicité est appelée, plus encore que toute autre, à faciliter et à consolider les opérations portant sur les biens recueillis après décès. Pour remplir pleinement cette fonction, l'opposabilité s'impose. Comme en matière de partages, il faut accepter le statut actuel ou accorder à la publicité des effets sans lesquels elle n'est plus que d'une maigre utilité.

Deux intérêts sont ici en présence: celui de l'héritier ou du légataire véritables et celui du tiers acquéreur. Sans l'existence du critérium unilatéral créé par la jurisprudence, on aurait pu envisager la solution précédemment appliquée à certaines causes d'éviction rebelles à la publicité. L'avertissement oral et la déclaration de style auraient pu mettre les tiers en garde contre l'éventualité d'un dénouement fâcheux, ce qui les aurait incités à s'abstenir.

Mais, tandis que dans ces espèces très clairsemées de causes d'éviction l'abstention est possible sans porter une grave atteinte à la liberté du commerce juridique, la fréquence des mutations par décès ne permet pas d'envisager l'application de ce moyen empirique de révélation.

Il conduirait, en effet, à rendre indisponible une fraction considérable des patrimoines immobiliers ou encore à placer le successible dans une fâcheuse alternative de concessions ou de compromissions et, pour le moins, dans un état d'infériorité contractuelle. Ce sont là des conséquences redoutables qu'il est légitime d'éviter.

La jurisprudence, impuissante à coordonner des intérêts aussi divergents, et appuyée en cela par l'unanimité de la doctrine, s'est prononcée en faveur des tiers de bonne foi. Elle consacre ainsi implicitement l'opposabilité, puisque le successible véritable ne peut exercer son droit réel à l'encontre de ces tiers.

On ne peut que suivre le juge dans cette voie toute tracée

mais en usant d'une mesure préventive, l'établissement d'un certificat de propriété qui, joint à la transcription, rend plus équitable cette solution jurisprudentielle et tend à éviter des recours judiciaires.

Cette jurisprudence, qui n'a trouvé aucun point d'appui solide dans notre droit, puiserait en outre, dans l'extension d'une publicité ainsi sanctionnée, une assiette légale.

Le droit de l'héritier ou du légataire une fois publié, les tiers ayant acquis des droits de l'héritier apparent pourraient les opposer à l'héritier ou au légataire véritables qui viendraient à se révéler. Cela permettrait justement de considérer comme héritiers apparents ceux-là seuls qui se seraient soumis à la formalité, en sorte que les tiers éviteraient de traiter tant que l'apparence ne serait pas révélée ou supporteraient les conséquences d'une éviction possible au cas où ils se désintéresseraient de cette publicité successorale. De toute façon, ils seraient à l'abri de la révocation par le fait même de l'accomplissement de formalités qui les rendraient d'une façon tangible et non présumée de bonne foi.

Si l'on tient compte des précautions qui seraient prises depuis l'ouverture de la succession jusqu'à l'établissement du certificat de propriété, on voit combien seraient réduites les chances d'erreur et de fraude, au bénéfice surtout des successibles véritables. Enfin, ces mêmes mesures de vérification, que commande l'introduction du principe d'opposabilité, rendant extrêmement rares les cas de fausse constatation ou de spoliation des qualités héréditaires, mettraient en l'occurrence l'héritier ou le légataire sacrifiés en présence d'un héritier apparent dont la bonne foi, vérifiée et à son tour consacrée, serait une sérieuse garantie de recours tant réel que personnel.

Le seul reproche que l'on puisse adresser à ce procédé, comme d'ailleurs à tous les systèmes préférant les tiers acquéreurs aux successibles véritables, est l'hypothèse de l'ignorance de la disposition testamentaire ou de la suppression du testament olographe.

Mais n'est-ce point au testateur à prendre toutes précautions pour que ses dernières volontés soient connues et leur exécution assurée? Même quand il s'agit d'un testament olographe, son rédacteur a tous les moyens pour éviter son omission ou sa disparition, parmi lesquels le dépôt de confiance, absolument gratuit chez un notaire.

La plupart des procédés fondés sur l'opposabilité accordent un long délai pendant lequel cette sanction doit être inopérante. Ceux-là même qui ne prévoient pas de délais exigeraient l'introduction d'une mesure dilatoire du même ordre de façon à éviter un accomplissement précipité de la formalité tendant à placer le successible véritable en présence d'un fait acquis.

Mais ce délai, qui ne saurait être inférieur à six mois, rendrait pratiquement le bien indisponible pendant cette longue période. C'est un écueil sérieux, la formalité devant être aussi rapide que stable.

Dans un système de transcription du certificat de propriété au contraire, aucun délai ne devrait être imparti. Dans l'immense majorité des cas, l'établissement du certificat de propriété et l'accomplissement de la formalité suivraient ainsi de très près l'ouverture de la succession, sauf aux cas d'incertitude ou de difficultés en présence desquelles les tiers devront à juste titre s'abstenir.

Mais ne voit-on pas émerger l'épouvantail de la force probante, de la foi publique due aux registres, l'accomplissement de la formalité consolidant dans une certaine mesure le droit du successible apparent ayant soumis son propre titre à la publicité au détriment du successible véritable?

Une analyse exacte de la situation controuve cette objection possible car les limites de l'opposabilité relative ne sont franchies en aucune façon.

Pour qu'il y ait opposabilité absolue, il faudrait que le tiers puisse se prévaloir *erga omnes* de l'inscription de son propre titre. Ici, au contraire, le tiers oppose la publicité non pas de ce titre à l'égard de quiconque, mais la publicité du

titre de son auteur à l'encontre du seul successible véritable et cela est constant dans l'hypothèse de reventes successives.

Cette conséquence de l'opposabilité est d'ailleurs la rançon même de la publicité à laquelle on ne peut se dispenser d'accorder cet effet si l'on veut exploiter le bénéfice de sécurité qui est sa seule raison d'être.

D'aucuns ont prétendu que cette innovation porterait atteinte au principe traditionnel « *le mort saisit le vif* ».

Or, la saisine a trait à la possession des biens héréditaires et non à la propriété de ces mêmes biens. Concernerait-elle leur propriété qu'elle ne serait pas davantage ébranlée dans son principe que n'est atteint de nos jours, par nos lois de publicité, le principe selon lequel la propriété se transfère *solo consensu.*

Il suffirait de donner à la publicité ainsi réalisée un caractère rétroactif au jour du décès. Cela n'empêcherait pas l'héritier véritable d'intenter une action en pétition d'hérédité, de faire reconnaître ses droits successoraux, d'obtenir même la rectification des registres lorsque le bien ne serait pas sorti du patrimoine de l'héritier apparent.

Pour lutter contre la clandestinité des mutations entre vifs on a sacrifié le droit du véritable propriétaire, le même sacrifice doit être consenti à l'égard du successible véritable.

On peut objecter que dans les transmissions entre vifs l'acquéreur a les moyens de conserver son droit tandis que le successible véritable peut être spolié sans que sa négligence ou son incurie lui vaillent cette déchéance.

Sans revenir sur les mesures de précautions prises, susceptibles de restreindre dans des proportions considérables les hypothèses de dépossession, on pourrait opposer à cette critique la nature différente des droits autorisant un traitement différent. En effet, l'un d'eux emporte une contre-prestation, tandis que l'autre est d'essence purement gratuite.

Mais il n'est pas utile d'en arriver là. Lorsque la loi entoure de mesures de protection le patrimoine d'un incapable ou d'un absent par exemple, elle n'a pas la prétention de con-

server ces droits quoi qu'il advienne, le protectionnisme légal ayant des limites qui ne sauraient être franchies sans trop d'inconvénients. Ici, le successible véritable n'a certes pas eu comme l'acquéreur les mêmes moyens de sauvegarder ses droits. Soit, mais si la loi a pris toutes mesures utiles, que peut-on exiger au-delà ?

On a enfin soutenu que la faculté de tester serait rendue vaine par l'accomplissement d'une formalité à remplir. On pourrait même ajouter que cette faculté est encore plus entravée par une telle sanction, le droit de disposition du successible étant pratiquement subordonné à l'accomplissement d'une formalité dont les effets deviennent si importants que les tiers seraient bien imprudents de ne pas vérifier son existence ou de ne point en exiger la justification.

Cependant, ces arguments n'ont aucune autorité. Une formalité à remplir après le décès n'a jamais arrêté ou même fait hésiter la plume d'un testateur — ouverture de testament, envoi en possession, etc ; — la sanction d'opposabilité enfin, qui frappe les donations par exemple, n'a pas davantage influé, autant que l'on peut en juger par les révélations de la pratique, sur le geste d'un donateur. Et l'on pourrait taxer au moins d'originalité, sinon de pur prétexte de la part d'un disposant, le fait de reculer devant ces perspectives.

En somme, la sanction d'opposabilité attachée aux actes déclaratifs et aux mutations par décès n'est en aucune façon exorbitante du droit commun. Elle n'est pas un prolongement de l'opposabilité édictée par la loi actuelle, mais sa simple application, *mutatis mutandis,* à des transmissions d'une nature spéciale qui, plus que toutes autres, nécessitent une publicité entraînant des effets sérieux d'autant que les concerts frauduleux et aussi l'imprévision peuvent y jouer un rôle inconnu par ailleurs. L'intervention judiciaire ne doit jamais être qu'un agent exceptionnel de la sécurité, la réglementation légale au contraire doit en être le facteur principal.

§ 2. *Sanction compulsive*

L'opposabilité relative est manifestement insuffisante à assurer par elle-même l'accomplissement d'une formalité à laquelle cependant nulle modification immobilière ne doit échapper. Cet état de choses conduit donc à rechercher une sanction compulsive, ayant assez d'autorité pour contraindre les intéressés non seulement à soumettre le titre à la publicité mais encore à l'effectuer dans le plus bref délai, afin que les registres présentent un état civil concordant de l'immeuble au fur et à mesure que se produisent des transmissions nouvelles.

I. Procédés divers. — On a préconisé le moyen de l'impôt, celui de l'amende; on a même proposé l'interdiction de toute transcription à défaut de soumission à la formalité du titre antérieur.

Mais ces procédés qui n'atteignent même pas le but de contrainte qu'ils poursuivent, ne se plient en aucune façon à l'idée de célérité pourtant essentielle.

Répondraient-ils d'ailleurs à ces exigences qu'on ne saurait les agréer car ils ne satisfont nullement, selon les directives, aux besoins d'une publicité qui doit trouver dans un titre possédant de sérieuses qualités de forme et de fond, certains éléments documentaires indispensables, ainsi que la légitimation des effets sérieux attribués à l'accomplissement de la formalité.

1° *L'impôt foncier.* — On a pensé que l'utilisation de l'impôt foncier pourrait être d'un utile secours vérificatoire.

Ce procédé présenterait certes l'avantage de ne point faire encourir à la publicité des risques d'omission, mais en supposant que nul bien foncier n'échappera à cette charge ou même que les acquéreurs, après entente avec leur auteur, n'essaieront pas de se soustraire aux droits de mutation en payant indirectement l'impôt par l'intermédiaire de leur vendeur.

Indépendamment de ces considérations, ce système emporte un inconvénient très grave qui justifie son rejet. Toute mutation volontairement soustraite dès l'origine à la formalité ne serait par la suite transcrite que tardivement.

En effet, l'administration adresse les feuilles de contribution avec un décalage d'une année sur l'autre. Elle attend ensuite le paiement ou les observations durant une assez longue période. Elle se livre enfin, en cas de mutisme des contribuables et à intervalles réguliers, à de multicolores rappels à l'ordre qui prorogent encore ces délais déjà excessifs tout au moins en ce qui concerne la publicité.

Ce n'est donc que le jour où le contribuable daignerait enfin se présenter, que le service des contributions directes pourrait fournir une indication au conservateur. Alors seulement ce dernier pourrait requérir la publicité, si elle n'avait pas été effectuée, d'où nouveaux délais en perspective pendant lesquels le bien peut avoir été transmis à nouveau avec les mêmes persistances dans l'abstention.

D'ailleurs, comment le conservateur obtiendrait-il la complète soumission des acquéreurs réfractaires? On est fatalement conduit à infliger une amende qui peut ne pas suffire à vaincre l'inertie ou les résistances. De toute façon, la célérité, qui importe avant tout, est loin d'être obtenue; la complication administrative de ce système lui enlève toute souplesse; juridiquement enfin toute intervention fiscale même occulte est intolérable.

2° *L'amende.* — Cette sanction a rallié bien des suffrages. Mais si elle est efficace à l'égard des officiers publics ou ministériels, elle n'a pas un caractère coercitif suffisant pour obliger les simples particuliers à transcrire. Elle implique en outre un délai nécessaire à impartir, qui ne saurait être inférieur à quatre mois si l'on tient compte des précédents en matière de soumission aux formalités d'enregistrement qui doivent précéder celles de publicité. Son application enfin ne devient possible à l'égard des réfractaires, tous délais étant

expirés, qu'après la révélation de la mutation par un procédé administratif de vérification, par un événement tel qu'une instance judiciaire, une mutation par décès, ou encore quand un lointain acquéreur, ayant plus de scrupules et surtout plus de prudence que ses prédécesseurs, soumet volontairement son acte à la formalité.

Cette sanction, qui revêt un caractère répressif d'un intérêt tout à fait accessoire, a le défaut de ne présenter aucunes qualités préventives pourtant primordiales. Elle est incomplète, dilatoire, inefficace et se heurte à bien d'autres inconvénients.

Ne va-t-elle pas susciter des recouvrements administratifs générateurs d'une véritable organisation contentieuse à la conservation des hypothèques? L'amende payée, comment obligera-t-on les délinquants à se soumettre à la formalité? Opèrera-t-on *manu militari* ou élèvera-t-on la récidive à la hauteur d'un délit?

En matière successorale, les pénalités sont proportionnelles. Oserait-on en arriver là, alors que le paiement des droits de mutation a été effectué? Ne serait-il pas inique enfin de frapper d'une amende l'héritier ou le légataire qui n'aurait pas eu connaissance de la dévolution ou de la libéralité tandis que, dépourvus de protection préalable dans ces systèmes, ils peuvent éprouver par ailleurs de très lourdes pertes?

Enfin, les transmissions par décès ont une cause qui permet de ne point les ignorer; combien de mutations entre vifs, au contraire, seront plus soigneusement celées pour éviter non seulement le paiement du droit et des taxes, mais encore celui de l'amende.

Cette sanction fiscale, sans précédent dans notre droit eu égard aux particuliers, ne remplirait même pas le rôle strictement documentaire auquel elle est destinée.

3° *L'impossibilité de transcrire.* — On a enfin songé à repousser la transcription de toute mutation ne découlant point d'une précédente transmission elle-même formalisée.

L'adoption d'une telle sanction exigerait certainement des

dispositions transitoires fort difficiles à mettre au point et qui prorogeraient en des temps assez reculés le fonctionnement normal de l'ensemble du système. En outre, on ne remédierait pas davantage aux retards que provoquent tous ces procédés et, dans l'espèce, on verrait fréquemment se produire les transcriptions au seul moment de la revente. Enfin, cette pratique se répercutant laisserait subsister les atermoiements, provoquerait des lacunes sollicitant de nouvelles abstentions, lesquelles constitueraient de graves interruptions dans cette chaîne des transmissions qui doit être ininterrompue.

D'autre part, si l'on prescrit la transcription de la mutation immédiate, exigera-t-on celle des transmissions médiates précédemment soustraites à la formalité? Alors, s'il n'est pas en les moyens de l'acquéreur de présenter toutes pièces utiles, on ne peut que lui refuser l'accès des registres ou consacrer des solutions de continuité. Dans les deux cas, on s'éloigne considérablement du but poursuivi.

En résumé, ces prétendus moyens de contrainte n'assurent pas davantage la régularité des transcriptions qu'ils ne souscrivent à l'impérieuse nécessité d'une publicité rapidement effectuée. Même dénuées de ces imperfections, ces sanctions à objectif uniquement documentaire, non réalisé, ne remédient pas aux insuffisances documentaires du titre et à la pénurie de valeur firmatoire que présente l'acte privé dont elles poursuivent la publicité.

Et l'on ne peut davantage instaurer, à l'exemple du Droit suisse, l'indisponibilité réelle du bien, notre système actuel et nos principes ne cadrant point avec cette solution qui laisse subsister les multiples défauts de sous seing privé au contact d'une organisation personnelle d'opposabilité relative.

Force est donc de se tourner à ce point de vue encore vers l'authenticité qui peut seule donner toute satisfaction.

II. L'Authenticité. — Sans faire courir à la publicité le moindre risque d'omission, l'authenticité assurerait dans le plus bref délai l'accomplissement de la formalité. La par-

faite rédaction des actes authentiques établirait la régularité documentaire, la foi publique due à leur contenu et les précautions prises permettraient de ne soumettre à la publicité que des titres d'acquisition possédant une valeur intrinsèque propre, rarement susceptibles d'annulation. Enfin, on pourrait grâce à la collaboration notariale, alléger considérablement la formalité.

On comblerait ainsi bien des lacunes, on rendrait plus cohérente notre loi, la formalité deviendrait plus compréhensive et on éviterait entre autres difficultés celles de la transcription bénévole et de la course à la transcription, comme l'on porterait une très sensible atténuation aux fraudes fiscales, difficultés contre lesquelles la législation actuelle est impuissante comme le seraient les tentatives prévues d'amélioration de la transcription.

Alors que l'on peut faire transcrire un titre faux, l'authenticité se dresserait contre cette imprévoyance législative. Désormais, un « chiffon de papier » revêtu de signatures, peut-être imaginaires, ne recevrait plus cette forme de consécration administrative. Même si cette amélioration ne devait porter que des fruits exceptionnels, elle aurait l'avantage de faire disparaître de notre loi une arme si redoutable entre les mains de fraudeurs et de faussaires que l'unanimité des législations étrangères n'a pu se résoudre à la tolérer.

D'autre part, il n'est pas de moyen préventif sérieux, dans l'état actuel des choses, à cette course à la transcription si facilement spoliatrice. De nos jours les notaires, sous leur responsabilité, ne délivrent les fonds d'une vente ou d'un prêt, même un simple acompte, que la transcription ou l'inscription étant effectuées et s'il n'existe aucune créance venant en rang utile ou une transcription emportant priorité. De cette façon, si le vendeur ou l'emprunteur essaient de tirer un double profit de leur immeuble, leurs demandes de fonds, même réitérées ou menaçantes, se heurtent à l'inertie la plus complète de la part de l'officier public détenteur tant que les formalités n'ont pas été utilement remplies et le paiement

de créances privilégiées ou hypothécaires, s'il en existe, ordonnancé.

On voit, sans qu'il soit utile d'insister plus longuement, les heureuses conséquences de la généralisation sans réserve d'une semblable pratique tant en matière de mutation entre vifs que de transmissions après décès. L'indisponibilité temporaire des fonds qui en résulterait, d'autant plus brève que l'accomplissement de la formalité serait plus rapide, ne peut en aucune façon être prise en considération à l'encontre de pareilles garanties.

En outre, l'authenticité nécessaire entraverait bien des manœuvres frauduleuses auxquelles elle ne peut pallier que partiellement tant que l'intervention notariale reste facultative. Elle rendrait enfin moins grave les dissimulations qui lèsent le fisc et par répercussion l'intérêt général.

Tandis que les parties peuvent soustraire à l'impôt, grâce au sous seing privé et sans risque fiscal sérieux, une partie parfois importante du prix, la suppression de l'acte privé en matière immobilière ne leur accorderait plus les mêmes latitudes frauduleuses en toute sécurité.

Le notaire, lorsque les parties solliciteraient son intervention-séquestre, pourrait s'opposer à ces combinaisons avec d'autant plus d'autorité qu'il ne craindrait point de les voir s'adresser à un agent d'affaires plus arrangeant. Les contractants en seraient réduits à ce que l'on peut appeler : la dissimulation de confiance.

En effet, tandis que ces derniers peuvent, grâce au sous seing privé et sans courir le risque d'une révélation de la contre-lettre, contracter au prix réel et soumettre au fisc un nouveau sous seing privé ou un acte public portant sur un prix fictif, il leur serait désormais impossible de se réserver un reçu valable de la dissimulation ou une promesse légitime de paiement.

L'acquéreur serait obligé d'effectuer le versement de la main à la main et de faire ainsi crédit à son vendeur. Réciproquement, ce dernier devrait se fier en la parole de son

acquéreur et attendre le paiement de la différence du prix après la signature de l'acte authentique.

On conçoit combien ces versements non constatés effectivement ou ces promesses purement orales de paiement donneraient matière à réflexion, rendraient méfiants les contractants, soulèveraient des discussions subjectives de crédit, lequel échoierait en définitive à l'acquéreur bénéficiaire de la dissimulation.

Il y a tout lieu de croire que devant la nécessité de verser des fonds sans en conserver toute trace utile, l'acquéreur, se rendant compte que pour bénéficier de l'impôt relatif au montant de la dissimulation il court le risque de perdre l'ensemble de cette dissimulation, n'hésiterait pas le plus souvent à déclarer intégralement le prix effectif.

Ces mêmes incertitudes se présenteraient et ces inconvénients surgiraient si les parties constituaient un séquestre officieux de la dissimulation en sorte que ces manœuvres, combien aléatoires, ne seraient plus possibles que dans des cas particuliers de connaissance personnelle ou de confiance réciproque, et joueraient plus difficilement encore lorsque la dissimulation porterait sur une grosse somme.

Mais l'acquéreur ne pourrait-il point souscrire des billets pour le surplus?

De même que pour le versement de la différence du prix en espèces, la souscription de billets antérieure ou postérieure à l'acte authentique implique de la part des contractants une confiance qui ne va pas sans bien des aléas.

La moindre imprudence — billets trouvés dans un coffre-fort après inventaire, conflit entre héritiers, faillite ou déconfiture du signataire de billets, difficultés de paiement — peuvent révéler la dissimulation et fournir au fisc un commencement de preuve de la contre-lettre corroboré par des éléments de fait tels que la coïncidence approximative de date des billets et de la vente, une cause douteuse, le montant de l'effet qui joint au prix fictif donnera à peu de chose près la valeur vénale de l'immeuble révélée par une expertise.

Alors non seulement l'intéressé peut perdre le bénéfice de ses billets annulés, mais encore supporter au même titre que son co-contractant de sévères pénalités qui seraient rigoureusement appliquées si l'on en croit les affirmations de certains procureurs déplorant leur impuissance actuelle et tous disposés à sanctionner sévèrement ces fraudes lorsqu'ils en auraient la révélation.

On peut certes opposer qu'au point de vue fiscal l'authenticité resterait une mesure stérile si certains notaires se pliaient aux exigences des parties afin de ne point favoriser l'exode d'une clientèle peu scrupuleuse ou dans le but d'attirer dans leur cabinet de nouvelles opérations immobilières.

Mais n'est-ce point au législateur à prendre de sévères mesures à leur égard et aux agents de l'administration à exercer une surveillance d'autant plus facile que la spécialisation frauduleuse serait rapidement localisée?

D'ailleurs on ne peut rêver d'une entière efficacité de ce moyen, mais seulement d'une très sensible atténuation dans les fraudes. Une complète probité fiscale est chimérique et les agents de l'administration le savent bien qui acceptent de transiger à des taux très inférieurs à la norme vénale plutôt que d'exercer un nombre infini de recours et d'expertises pourtant justifiés.

Mais si l'honnêteté fiscale est un mythe; elle est cependant perfectible. On ne doit pas négliger une amélioration certaine entravant les facilités actuelles et permettant à la fois de stimuler le zèle fiscal et d'en réprimer plus sûrement les abus. Elle est l'unique moyen pour se rapprocher plus sensiblement de l'exacte valeur vénale et c'est un grand pas dans cette délicate matière.

Dorénavant les parties se soumettraient nécessairement à l'impôt des mutations et se livreraient sur une moins grande échelle à ces fraudes qui font partie du fonds humain et sont aussi difficiles à réprimer qu'à endiguer. L'intervention notariale exercerait ainsi une répercussion sinon profonde du moins très sensible sur la mentalité et les pratiques fiscales.

Mais si l'application de cette sanction compulsive, l'authenticité, entraînant la nullité pour défaut de forme, est telle que les actes translatifs et déclaratifs ne puissent en aucune façon y échapper, il n'en va pas de même dans le cadre successoral.

L'exigence d'un certificat de propriété ne peut suffire à assurer l'entière soumission des mutations par décès à la publicité et la force d'inertie des successibles est susceptible de favoriser des retards ou de provoquer des lacunes. Pour permettre, d'autre part, un établissement ou une certification parfaites des qualités héréditaires, la transmission successorale doit être livrée dès l'origine à l'officier public auquel incombe l'établissement du certificat. Comment contraindre les parties à s'adresser à lui dès l'ouverture de la succession dans les cas tout à fait exceptionnels où son intervention n'est pas obligée ou volontairement requise?

Quelle que soit sa forme, le testament passe toujours entre les mains du notaire. On pourrait exploiter cette situation et en tirer les éléments d'une contrainte indirecte. Mais il est inutile d'en arriver là, car le problème de la prompte et rigoureuse publicité des mutations *ab intestat* resterait entier alors qu'il est le plus important. On en est donc réduit à rechercher un procédé d'application unique de l'authenticité-contrainte permettant de présenter automatiquement à la formalité le titre successoral définitif, le certificat de propriété.

Il est vain de rechercher un biais convenable et purement juridique en dehors des ressources que nous offre cet élément déjà exploité, la déclaration de succession. De tous côtés se dresse, avec le danger de l'insoumission, la perspective des retards dans l'accomplissement de la formalité. Faute de mieux on en est réduit à tirer profit du caractère compulsif de la déclaration de succession en confiant aux notaires le soin de déposer eux-mêmes cette pièce administrative, lorsqu'elle est immobilière, partant, de se livrer à sa rédaction.

C'est à tout prendre, et à défaut de nullité possible, la seule façon d'aiguiller forcément les parties sur la voie de la publi-

cité car, si l'on peut encore subtiliser au fisc des valeurs ou des titres de créance, il est plus difficile de soustraire les immeubles au contrôle du bureau des successions.

Aux critiques qui ne peuvent manquer de s'élever contre cette solution, il est loisible d'objecter que dans le cercle étroit des moyens dont pourraient disposer les novateurs, il est difficile, sinon impossible, de trouver un meilleur procédé.

Les déclarations de successions immobilières, à quelques infimes exceptions près, ne sont-elles point présentées à l'enregistrement par les notaires?

Quelques dissidences ne doivent en aucune façon gêner ou compromettre une réforme aussi large et aussi bienfaisante, seul moyen d'obtenir dans la plénitude de ses effets non point seulement la publicité des mutations par décès, mais celle encore de toutes les modifications immobilières, la moindre omission successorale exerçant de fâcheuses répercussions sur le fonctionnement général de tout le système de publicité.

D'ailleurs, les notaires n'interviennent-ils pas dans les ouvertures de coffre-fort et ne sont-ils pas chargés pratiquement de la déclaration à effectuer? Enfin n'est-il point des cas excessivement nombreux où l'intervention d'un officier public ou ministériel est exigée en vue de l'accomplissement de formalités auxquelles la loi porte un vif intérêt?

Il est surtout remarquable que l'on n'assujettit point ici le Droit Civil au Droit fiscal et qu'en aucune façon on n'a recours aux agents des services administratifs. Le mécanisme à la fois juridique et utilitaire du certificat de propriété sanctionné de cette façon nouvelle ne l'emporte-t-il pas sur tous autres procédés extra-juridiques, compliqués et insuffisants?

Ainsi, les notaires, possédant en Droit le monopole de la constatation des transmissions immobilières entre vifs et à cause de mort qu'ils détiennent en fait, assureraient le fonctionnement utile, certain et rapide de cette nouvelle branche de la publicité.

Ces résultats sont hors de doute. Mais comme il faut tout prévoir, même les négligences, c'est à l'égard de tous officiers publics ou ministériels que pourrait intervenir, pour sanctionner un devoir de charge, le principe de l'amende tel qu'il existe dans notre loi et dont l'efficacité est reconnue en ce qui les concerne.

Il reste entendu que cette sanction pénale accessoire serait indépendante de la responsabilité professionnelle qui leur incomberait tant au point de vue civil qu'au point de vue disciplinaire. Seulement cette responsabilité reposerait, dans les limites de la jurisprudence actuelle et à l'exemple de certaines législations étrangères, non plus sur un mandat exprès ou tacite, mais sur un mandat légal. Que de controverses seraient ainsi définitivement bannies!

Mais n'est-il point de critiques d'ordre général auxquelles peut se heurter ce système?

Lui reprochera-t-on de porter atteinte à la liberté des conventions et de revivifier le formalisme?

Les constatations premières, succinctement dégagées au seuil de cette étude, révèlent le sens de l'évolution actuelle. Résister au flot envahisseur que soulève le besoin serait méconnaître et fausser la réalité. Conserver au premier de ces principes ses prétendues prérogatives et s'opposer au développement du second serait spéculer en pure perte, chacun d'eux gagnant à son heure le terrain que l'autre perd.

On peut dire, en déformant un peu dans sa rigueur un principe de la science exacte, que le consensualisme est au formalisme ce que sont entre eux deux vases communicants. L'avenir peut apporter des atténuations au formalisme ou rénover le consensualisme, mais il est objectif que dès qu'une compression s'exerce sur un point les répercussions de la poussée sont sensiblement égales à l'opposé. C'est une règle que l'histoire de ces institutions paraît nettement établir.

L'adaptation première de la publicité a donné le jour à un formalisme purement administratif au détriment de la liberté contractuelle. Pour corriger aujourd'hui les multiples imper-

fections d'une publicité manifestement défectueuse, c'est à l'authenticité, cet autre processus du formalisme, que l'on a nécessairement recours et, par une conséquence toute naturelle, au fur et à mesure que monte son niveau baisse nécessairement celui du consensualisme.

En pure logique même, sur quels motifs peut-on se fonder pour repousser l'authenticité des transmissions immobilières? Elles impliquent une aliénation définitive et totale du droit de propriété tandis que l'obligation hypothécaire, pourtant soumise à l'authenticité, n'emporte même pas une limitation du droit de jouissance, mais seulement l'éventualité, soumise à de nombreuses conditions, d'une aliénation forcée, le tout sans aucune dépossession actuelle du droit. Les capitaux d'un prêteur ne sont pas cependant d'une essence supérieure à ceux de l'acquéreur pour qu'on les entoure d'une plus grande garantie et l'usure, pour rester dans les strictes limites des dangers de l'obligation, peut exercer au même titre ses ravages dans les aliénations, lorsque le prix n'est pas payé comptant.

Est-ce dans un but purement particulariste que, parmi tant d'autres, ce précédent a été créé ou sous le couvert de l'intérêt public? Peu importent les motifs de son instauration première, on les retrouve plaidant avec plus d'autorité encore la cause des transmissions immobilières.

En outre, si l'on tient compte du fait que la plupart des contractants se soumettent bénévolement à l'authenticité, qu'elle est parfois imposée dans les cas où ses motifs sont peut-être moins concluants, on ne peut faire un grief de lui emprunter une solution obligée et dont les avantages sont évidents.

Ne convient-il pas cependant d'exonérer de frais généraux par trop élevés les mutations immobilières?

Certes, une diminution sensible des frais serait à souhaiter; mais le caractère particulier de cette étude ne permet point de discuter le problème des charges fiscales de la propriété foncière qui la grèvent si lourdement; on est donc conduit à

accepter, dans le principe, le quantum actuel de l'impôt des mutations.

Mais, dira-t-on, l'authenticité nécessaire ne va-t-elle pas augmenter ces frais? C'est, en effet, la seule objection à envisager.

Sans argumenter de la nécessité impérieuse de la publicité et de ses avantages incontestables quelle que soit la forme instaurée, sans invoquer l'exemple des législations étrangères et revenir sur les différences très sensibles qui, abstraction faite de toutes garanties, existent entre les honoraires imposés aux notaires, qui en dépit de l'inflation actuelle ont été seulement augmentés du quart, et les tarifs des agents d'affaires dont l'ingérence serait le plus souvent évitée surtout dans les transmissions de peu de valeur, l'extension de l'authenticité aux transmissions qui lui échappent ne peut être repoussée de ce chef.

En effet, les transmissions réfractaires portent le plus souvent sur des parcelles ou des biens d'une valeur vénale très restreinte. Quand il s'agit d'une transmission entre vifs de quelque importance, l'intervention notariale, à quelques infimes exceptions près, est toujours requise [1].

Or, à n'envisager pour l'instant que les transferts entre vifs de valeur minime, ce n'est pas un honoraire de un franc vingt-cinq centimes pour cent, soit douze francs cinquante centimes pour une vente de mille francs par exemple, qui serait susceptible d'alourdir considérablement les transmissions par rapport au fardeau de l'impôt, taxe hypothécaire comprise, qui s'élève à cent sept francs.

Un tel salaire ne peut d'ailleurs être considéré comme exagéré ou prohibitif. Ne faut-il point recevoir les parties à l'origine, rédiger l'acte, subir parfois d'interminables discussions aux moments de l'accord et de la signature, remplir les

[1] V. *Bulletin de statistique et de législation comparée*, t. IX, 1905, Paris, Imp. Nat., 1906, p. 134 et 135. Pour 124.824 actes sous seings privés, atteignant le chiffre global taxé de 55.988.975 francs, on relève 436.041 actes notariés portant une valeur vénale déclarée de 1.523.191.865 fr.

formalités antérieures et postérieures à la réception, encourir enfin de graves responsabilités?

Seuls les frais d'expédition de ces transmissions les rendent plus onéreuses par rapport à celles plus importantes [1]. On ne peut cependant exiger des notaires le sacrifice de ces émoluments. Ils n'ont dans ces opérations que l'avantage peu rémunérateur d'inscrire un numéro de plus à leur répertoire.

Aussi bien, pour remédier à cette inégalité, quelques auteurs ont proposé de dégrever ces transmissions en réduisant les droits d'enregistrement au prorata des prix. Mais, n'est-ce point là appliquer aveuglément un faux principe d'égalité? Il est clair que ce ne sont point les petites parcelles qui doivent être favorisées mais seulement les terriens dont la situation présente un réel intérêt de sollicitude fiscale.

Une loi du 30 juillet 1917 accordait des remises de l'impôt foncier aux petits propriétaires exploitants et présentait de ce fait une solution très heureusement transportable dans le cadre des droits de mutation. Mais la disparition de cette

1 Si l'on compare, en effet, les frais notariaux d'une vente de mille francs à ceux d'une vente de vingt mille francs, par exemple, exigeant toutes deux quatre rôles environ, la différence est flagrante, le tarif des frais progresse en raison inverse de l'importance des transmissions.

HONORAIRES ET FORMALITÉS	VENTE DE 20.000 FR.	VENTE DE 1.000 FR.
Honoraire	250 »	12 50
Expédition	16 »	16 »
Expédition-Transcription	4 35	4 35
Vacation-Transcription	10 »	3 25
	280 35	36 10

Sans tenir aucun compte des tarifs dégressifs au-dessus de cent mille francs et en défalquant seulement des sommes ci-dessus les honoraires corrélatifs, on s'aperçoit qu'une vente de mille francs supporte vingt-trois francs soixante centimes de frais, soit deux francs trente-six centimes pour cent, tandis que pour une vente de vingt mille francs, la proportion tombe à quinze centimes pour cent environ.

disposition a entraîné celle d'une organisation préexistante dont on ne peut revivifier la procédure.

Ne pourrait-on point cependant établir tous dégrèvements sur la base des valeurs cadastrales et exiger, pour leur justification auprès de l'Enregistrement, la production des états délivrés gratuitement par les mairies?

Cette question des frais grevant la petite propriété foncière serait ainsi tranchée d'une façon plus équitable. Le manque à gagner qui en résulterait au détriment du fisc serait largement compensé par la suppression complète des abstentions et l'endiguement des dissimulations, ce qui rétablirait un principe utilement égalitaire dont l'équilibre est depuis trop longtemps rompu. Mais, n'est-il pas prématuré de parler de dégrèvements à l'heure actuelle?

En matière successorale enfin, la question des frais entraînés par le certificat de propriété est moins sensible encore qu'entre vifs, les droits de mutation à la base étant insignifiants.

D'ailleurs, l'Etat n'hésite point à exiger la production d'un certificat de propriété même pour des sommes infimes. Or, si le prétexte de l'intérêt public dicte une telle mesure, ce même intérêt, sans artifice, n'impose-t-il pas cet acte dans les transmissions par décès où il est hypothétique de prévoir un seul lopin de terre d'une valeur égale au capital représenté, au cours actuel, par un titre de trois francs de rente?

Quoi qu'il en soit, les frais supplémentaires de ce document passeraient inaperçus. Délivré par le seul notaire liquidateur, ce certificat serait nécessairement soumis à un honoraire variant de quatre à neuf francs selon les tarifs et à un droit d'enregistrement de six francs qui ne seraient pas de nature à grever considérablement les successibles. On pourrait d'ailleurs et l'on devrait même dispenser du droit de timbre tous les actes immobiliers relatifs aux mutations par décès comme cela existe pour les transmissions entre vifs à titre onéreux.

On voit que le reproche possible d'une exagération des frais entraînée par l'authenticité nécessaire est sans portée

aucune. On ne peut même pas parler d'un accroissement de frais, mais seulement de l'introduction de frais nouveaux, réduits au minimum et dus à l'unique et légitime extension de la publicité aux transmissions par décès.

En outre, l'authenticité nécessaire peut être une source cette fois d'économies grâce à la simplification du mécanisme de la formalité et des pièces soumises que cette forme peut seule permettre.

Il faut donc choisir entre une économie mesquine, comparée au fardeau de l'impôt ou un dégrèvement en faveur de la petite propriété et des principes supérieurs suffisamment mis en lumière.

Telles sont par les sommets les deux faces, active et passive, de cette sanction complémentaire. Elle ne se heurte à aucun obstacle sérieux sauf le respect religieux que d'aucuns portent encore aux principes, qu'ils considèrent comme immuables, du Code Napoléon.

On peut discuter l'opportunité de l'authenticité. Si l'on veut donner à la publicité des effets sérieux, il faut choisir entre les deux précédentes sanctions combinées ou un système de foi publique aussi onéreux que le précédent puisqu'il est nécessairement basé sur la forme authentique. Dans tous les cas l'authenticité s'impose, il serait imprudent de s'y soustraire pour sauvegarder une liberté qui va le plus souvent à l'encontre de ceux qui en usent et nuit à l'intérêt public.

SECTION III. DE LA SIMPLICITÉ [1]

Les projets Darlan, Thézard et le projet du Comité des notaires n'ont porté au mécanisme de la publicité aucune

[1] Nous serons nécessairement bref sur cette partie qui exigerait une trop considérable étude d'organisation de détail et, plus encore que précédemment, nous réduirons nos développements à de suffisants aperçus d'ensemble.

V. une adaptation nouvelle de ROGER, *La réforme du régime foncier en France*, Paris, Godde, 1922, qui propose « d'associer » les notaires au « principe de légalité ».

amélioration dans ce sens. La nécessité même d'un délai assez long entre la date de rédaction de l'acte et celle extrême de la transcription impliqué par ces projets aurait considérablement retardé l'accomplissement d'une formalité qui a tout intérêt à être le plus possible contemporaine de l'époque de la transmission. Enfin la délivrance des renseignements, qui doit être obtenue rapidement et emporter une indispensable clarté, n'a même pas été prise en considération. Seule, la commission du Cadastre a fait un effort louable quoique insuffisant dans cette voie. Mais son système d'analyse directe émanant des parties était peu pratique. En outre, la contrainte instaurée était appelée à susciter des retards et des abstentions.

Grâce à la sanction compulsive d'authenticité au contraire, l'accomplissement certain et aussi bref que possible de la formalité serait assuré.

L'officier public aurait vite fait d'établir la pièce sommaire exigée et de la transmettre au conservateur, lequel jouant un pur rôle de classeur, pourrait assurer instantanément la formalité. Un état sur transcription suivrait de très près cette rapide procédure. La publicité serait ainsi effectuée dans un très bref laps de temps, comme seraient sauvegardés les intérêts des particuliers et facilitées les transactions.

Il faut cependant prévoir un battement entre la date de la réception de l'acte et le temps matériel de sa présentation à la conservation.

Pour éviter tout conflit relatif à la promptitude de l'expédition de cette formalité entre l'officier public et les parties et démarquer nettement les responsabilités, on pourrait accorder aux notaires les délais prévus pour l'enregistrement des actes authentiques. Et l'on n'aurait pas davantage à relever d'infractions en matière de publicité qu'on n'en constate aujourd'hui en matière d'enregistrement. La formalité serait effectuée, selon les circonstances, entre le troisième et

le vingtième jour de la date de réception du titre, les mêmes sanctions seraient appliquées. Que peut-on exiger de plus?

Il suffit donc maintenant d'expurger la pièce soumise à la publicité du fatras des superfluités qui l'encombrent au préjudice du maniement facile tant matériel qu'intellectuel des volumes, de la limpidité des états, de la célérité de leur délivrance. Il faut encore donner à cette formalité un caractère mécanique en sorte que le fait du dépôt n'ait pas à souffrir de lenteurs d'écritures. Ce dernier perfectionnement récemment réalisé mériterait peut-être une réorganisation matérielle [1]. Tel qu'il existe cependant, il peut être utilisé avec fruit.

Mais quel sera le document aussi succinct que substantiel présentant avant tout des caractères indispensables de clarté, apte surtout à mettre en évidence les seules mentions nécessaires et à faciliter leur reproduction?

[1] Nous songeons au moyen de classement si commode et si plein d'actualité que procure l'usage des « fichiers ».

On pourrait en effet adjoindre aux uniques recueils de dépôt d'extraits, un système de fiches tenues par immeubles, domaines ou parcelles isolées, en prélevant, ultérieurement à l'accomplissement de la formalité, tous renseignements utiles sur l'extrait déposé.

En mettant en œuvre une sévère application des lois sur les plans parcellaires, d'autant plus facile à faire observer par les officiers publics, on obtiendrait insensiblement et sans frais à la charge de l'Etat, des départements et des communes, ce qui n'est que justice, une entière réfection du cadastre en quelques décades.

L'encombrement serait d'ailleurs infime, car à chaque transmission ou morcellement la fiche antérieure serait détruite et remplacée par une ou plusieurs fiches nouvelles. L'état civil matériel de la propriété entrerait ainsi dans une ère de réfection, son état juridique serait révélé par les registres personnels.

On ne peut objecter ici le double emploi même actuel de ces deux formes, l'absence d'un répertoire immobilier étant de nos jours bien souvent déplorée; en outre, l'exemple des législations étrangères révèle que dans la plupart des systèmes réels on a dû adjoindre, pour la facilité des investigations, des répertoires personnels. La réciproque est vraie.

Sur la possibilité de « combiner le système du feuillet personnel avec celui du feuillet réel, ainsi que cela se passe en Alsace-Lorraine », V. *Revue trimestrielle de Droit civil,* Paris, Sirey, 1923, avril-juin, p. 543, *in fine.*

Confiant aux notaires le soin de dresser cette pièce, il sied de tirer un parti fructueux de cette collaboration. L'idée d'un extrait du contrat — translatif ou attributif — et du certificat de propriété vient immédiatement à l'esprit.

Or la pratique notariale présente deux espèces d'actes sommaires : l'extrait analytique et l'extrait littéral.

L'extrait littéral comporterait bien des longueurs ; sa clarté serait diminuée par la reproduction in extenso de clauses ou de formules relatives certes à la publicité, mais qu'il est inutile de transporter telles quelles ; enfin, selon les conceptions diverses de rédaction des officiers publics, les relations sur les registres seraient entièrement différentes quant à la forme entendue aussi bien dans le sens de l'élocution que de l'étendue.

L'extrait analytique, au contraire, est seul susceptible de conserver utilement les droits des parties, tout en allégeant le travail des conservateurs, et de renseigner parfaitement les tiers sur l'origine et les altérations du droit, seuls éléments dignes de publicité.

Les mentions nécessaires sont, en effet, en nombre restreint quoique suffisant. Elles portent sur la date et la nature du titre : les noms, prénoms, domicile, qualités des parties et de l'officier public ou ministériel ; la désignation détaillée de l'immeuble ; les causes d'éviction susceptibles de publicité directe par simple mention : clauses conventionnelles directement opposables aux tiers — réserve d'usufruit, réméré, retour conventionnel, etc., — condition résolutoire tacite du vingtième ; substitutions ; inaliénabilité dotale ; enfin, le montant du prix ou des soultes avec la seule indication du paiement comptant ou à terme et, dans ce dernier cas, réserve de l'action résolutoire.

L'établissement de propriété, en revanche, ne serait pas relaté. Le nom de l'ancien propriétaire figurant à titre d'aliénateur, d'auteur ou de constituant, dans les actes translatifs ou déclaratifs et dans les certificats de propriété, il serait

facile de remonter, grâce aux registres désormais exempts de lacunes, d'ayant cause en ayant cause.

En outre, l'extrait du certificat de propriété ne présenterait en principe que les trois premières mentions, sauf au cas exceptionnel de charges grevant directement le ou les immeubles recueillis ou d'inaliénabilité dotale.

A l'extrait analytique destiné à rester aux archives, serait joint non pas une copie de ce bordereau, faisant inutilement double emploi, mais bien l'original du titre justificatif de la transmission, lequel serait rendu au déposant après mention de l'accomplissement de la formalité.

La disparition de cette mesure du double dépôt n'irait pas sans alléger les frais d'expédition, déjà réduits par le mode analytique, et sans faciliter la rapidité des opérations matérielles.

Il conviendrait seulement d'élaborer certaines règles de présentation à type unique inspirées de préférence par les chambres des notaires, d'accord avec l'administration, selon le précédent récemment créé en matière hypothécaire.

Il paraît superflu d'insister plus longuement sur les avantages pratiques d'un système qui fonctionnerait à merveille grâce à l'automatisme de cadres d'extraits ainsi tracés. On obtiendrait ainsi « *l'accélération des formalités, l'économie des frais, la sûreté des recherches* ».

Qu'il s'élève quelques voix contre ce procédé au sein des conservateurs des hypothèques, cela va sans dire, car il paraît léser à première vue leurs intérêts professionnels. En réalité ces fonctionnaires spéciaux n'auraient rien à y perdre. Certaines ressources disparaîtraient certes, mais elles seraient largement compensées par le nombre plus grand de pièces soumises à la formalité, mutations par décès, actes déclaratifs et transferts entre vifs aujourd'hui encore subtilisés en trop grand nombre.

Le calcul des taxes et des frais pourrait d'ailleurs être mis à l'étude sur des moyennes statistiques plus certaines que par le passé puisque, aussi bien, les transmissions par décès

sont plus constantes, plus régulièrement périodiques que celles entre vifs [1].

La seule question qui soulève un intérêt purement juridique est celle de la responsabilité notariale en matière d'accomplissement des formalités.

Bien que les notaires ne soient pas en principe responsables « *des formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes qu'ils reçoivent* », en fait, la jurisprudence a une tendance accusée à décharger entièrement les parties du soin de l'accomplissement des formalités et de leur régularité: transcription, réquisition d'états, purge, etc.

Cette jurisprudence ne peut de nos jours trouver dans notre Droit aucun fondement juridique sérieux [2]. Mais, étant donné le rôle attribué aux officiers publics dans l'ensemble du présent système, il semble que le principe du mandat légal précédemment ébauché devrait être étendu à ces opérations. La question de la responsabilité serait ainsi définitivement tranchée et unifiée dans son principe.

La réquisition d'insertion — et c'est bien d'une insertion qu'il s'agit et non d'une transcription — serait donc confiée aux notaires pour les actes passés devant eux, aux avoués pour les jugements passés en force de chose jugée et les arrêts. Ce soin incomberait aussi aux liquidateurs judiciaires et aux syndics pour tous jugements d'ouverture de liquidation judiciaire ou déclaratifs de faillite.

1 Sur ces nouvelles bases, une refonte des tarifs permettrait peut-être de prendre en considération les doléances de ceux qui estiment que les salaires des conservateurs sont par trop élevés.

2 Elle s'appuie tour à tour sur l'article 68 de la loi du 25 Ventôse, an XI; sur le principe de l'action en responsabilité des articles 1382 et 1383 du Code civil; ou encore sur la combinaison des précédentes dispositions. Parfois même elle se fonde sur la notion bien vague du mandat tacite qu'elle justifie ainsi qu'il suit: « Les parties sont solidaires pour le paiement des frais des actes, le notaire étant réputé leur mandataire. Les notaires sont donc les mandataires légaux des parties qui recourent à leur ministère, et seront responsables dans tous les cas où le serait un mandataire. » V. DEFRÉNOIS, *Traité pratique du notariat*, 10e éd., Paris, 40, rue d'Assas, 1907, t. I, n° 388.

La règle de la responsabilité des officiers publics ou ministériels et particulièrement des notaires serait définitivement complétée et sa démarcation, comme sa détermination, puiseraient dans leur ensemble une assise légale qui lui fait aujourd'hui défaut.

On obtiendrait ainsi avec un maximum de rapidité et de clarté dans un mode de publicité à forme personnelle ou mixte, la solution qui s'impose sous tous les régimes et qui tient en une brève formule intangible: Ordre et Sécurité.

CONCLUSION

Aucune étude n'ayant porté jusqu'à ce jour sur ce large sujet : le procès de l'acte privé et l'apologie de l'authenticité en matière de publicité des transmissions immobilières, le présent travail ne doit et ne peut être considéré que comme une première esquisse, une tentative de réunion de quelques idées et matériaux susceptibles de procurer peut-être certains éléments aux esprits curieux que cet intéressant problème pourrait capter dans l'avenir.

Malgré bien des insuffisances obligées de développements tant critiques que constructifs en ce qui a trait à l'idée dominante du sujet, l'amélioration de la Transcription, il semble cependant que les suggestions de cet essai pourraient parfois être assez utilement prises en considération, du moins dans leurs grandes lignes.

Que si, d'autre part, l'heure du Livre Foncier venait à sonner, la fusion du système suisse avec nos développements immédiats ne devrait-elle pas à son tour emporter tous suffrages favorables au triomphe du principe de la Légitimation sur celui de la Légalité ?

D'ailleurs, quels empêchements s'opposeraient à l'introduction de l'opposabilité absolue accordée à des registres même purement personnels, alors que les garanties offertes par l'authenticité seraient identiques à celles agréées par le Droit suisse, le plus récent, qui n'a pas hésité à instaurer la Foi Publique sur ces bases?

On a proclamé hautement la clarté, la simplicité et la commodité du Registre Foncier. Or, notre système, doublé d'une organisation de fiches à classement réel, comporte-t-il beaucoup plus de mentions ou de relations, moins de limpidité, voire plus de travail matériel?

Nous craignons fort qu'il n'y ait eu jusqu'à ce jour, en faveur des Livres Fonciers, et malgré leur supériorité apparente, un engouement dû en partie à ce désir de nouveauté qui sévit même en matière juridique.

Arrivé au terme de ce travail, nous restons convaincu que le point le plus délicat du problème de la publicité en France est de discerner, en toute connaissance de cause, quelle est la forme qui pratiquement doit l'emporter.

Aussi, faut-il bien prendre garde de s'engager à l'aveuglette dans une réforme coûteuse et de très longue haleine dont les avantages ne compenseraient peut-être point des sacrifices consentis en des temps où nos finances sont loin d'être florissantes, où les impôts sollicitent plus que jamais des dégrèvements, où l'activité de chacun doit tendre avant tout vers la production immédiate.

A certaines époques de l'Histoire, mieux vaut parfois réparer un édifice que le saper en vue de le reconstruire. Nos capitaux circulants ont bien d'autres objectifs qu'une immobilisation définitive, l'emprunt a le seul avantage de différer le remboursement mais le grave défaut d'alourdir un service d'intérêts dont la Dette Publique est déjà singulièrement grevée. Attendons pour réédifier, si cela est reconnu nécessaire, d'avoir thésaurisé et de posséder en excédent des bras et des intelligences disponibles.

Pour en finir, qu'il nous soit permis d'emprunter aux délé-

gués des notaires des départements cette justification de leurs observations, présentées sur l'ancien projet du Gouvernement, qui définit parfaitement le caractère de nos développements: « *Au lieu de faire de la science purement spéculative, nous nous sommes toujours borné à dire ce qui nous paraissait bon, possible et utile au point de vue de la pratique* ».

Montpellier, le 25 Janvier 1924

VU ET APPROUVÉ,

Le Président de Thèse :

G. MORIN.

Montpellier, le 30 Janvier 1924

VU, LE DOYEN :

M. MOYE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Montpellier, le 1er Février 1924

Le Recteur :

J. COULET.

TABLE DES MATIÈRES

De l'Authenticité nécessaire pour la Publicité des Transmissions Immobilières

ESSAI D'AMÉLIORATION DE LA TRANSCRIPTION ET APERÇUS DE RÉFORME

Pages

INTRODUCTION. — *Intellectualisme; Publicité; Formalisme*..... 1

CHAPITRE PREMIER

La publicité des transmissions immobilières et le droit français actuel..... 9

§ 1. *Le rôle économique de la Terre. Son facteur essentiel: la Sécurité* 10

§ 2. *Le principe de l'autonomie de la volonté. Son inconvénient: la Clandestinité*..... 13

§ 3. *Le seul remède efficace: la Publicité*..... 15

I. Règles organiques..... 17
II. Directives 18

§ 4. *La Législation française: Loi du 23 mars* 1855..... 20

I. Imperfections 20
II. Palliatifs 38

§ 5. *Tentatives de réforme et d'amélioration; leur orientation nouvelle: l'Authenticité* 42

Pages

CHAPITRE DEUXIÈME

De l'infériorité et des inconvénients de l'acte sous seings privés dans le domaine contractuel immobilier 49

SECTION I. — DE L'UTILITÉ D'UN ÉCRIT 51

SECTION II. — INFÉRIORITÉS INTRINSÈQUES 53

§ 1. *La forme* 53

§ 2. *Le fond* 59

SECTION III. — INCONVÉNIENTS EXTRINSÈQUES 63

§ 1. *Inconvénients généraux* 63

I. Complexité de l'opération immobilière 64
II. Immixtion d'intermédiaires 69
III. Facilité des fraudes 75

§ 2. *Inconvénients particuliers à la publicité* 83

I. Insuffisance et défectuosités des désignations 84
II. Incompatibilités avec les principes directeurs 87

SECTION IV. — REJET DU SIMPLE DÉPOT ET DE L'AUTHENTICATION. 92

CHAPITRE TROISIÈME

La défaveur de l'acte privé et la prépondérance de l'authenticité dans la publicité des législations étrangères. — Traits distinctifs et fondements de l'authenticité 95

SECTION I. — PREMIER GROUPE, DIT « FRANÇAIS ». — *Personnalité et opposabilité relative* 96

SECTION II. — DEUXIÈME GROUPE. — *Réalité et opposabilité absolue* 98

§ 1. *Groupement germanique* 98

I. Le double fondement de l'authenticité dans le Droit suisse. *Importance du principe de Légitimation* 100
II. Fondements identiques de l'authenticité dans le Droit allemand. *Survivance de l'ancienne Investiture et suprématie du principe de Légalité* 111

§ 2. *Groupement australien* 116

Pages

CHAPITRE QUATRIÈME

L'Authenticité notariale, support de la publicité..... 119

SECTION I. — DE LA GÉNÉRALITÉ..... 120

§ 1. *Recherche du titre à publier en matière successorale*... 120

I. Successions ab intestat..... 120
II. Dispositions à cause de mort..... 123
III. Le certificat de propriété, titre unique..... 124

§ 2. *Recherche d'un procédé révélateur et, à défaut, protecteur des causes d'éviction*..... 126

I. Publicité des causes d'éviction à l'origine..... 126
II. Publicité des demandes et des jugements en nullité ou en résolution..... 134

SECTION II. — DE LA NÉCESSITÉ..... 135

§ 1. *Sanction propulsive*..... 136

I. Partages 137
II. Mutations par décès..... 140

§ 2. *Sanction compulsive*..... 145

I. Procédés divers..... 145
II. L'authenticité 148

SECTION III. — DE LA SIMPLICITÉ..... 160

CONCLUSION 167

IMPRIMERIE
DE
" L'ECONOMISTE MÉRIDIONAL "
19, AVENUE DE TOULOUSE
MONTPELLIER